

Juridiska institutionen,
juristprogrammet

Examensarbete, hösten 2012

30 HP



**GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN**

Rätten till kundkontakter

-särskilt mot bakgrund av användandet av arbetsrelaterade nätverk

Otto Johansson Hansson

Ämnesområde; arbetsrätt

Handledare; Mats Glavå

Sammanfattning

I Sverige och globalt ökar användandet av så kallade internetbaserade arbetsrelaterade nätverk. Nätverken är ett verktyg som underlättar att skapa nya och bibehålla gamla kontakter. På så vis kan nätverket användas dels av arbetstagare privat, men även i arbetslivet där nätverket kan utgöra ett utmärkt verktyg, som även främjar arbetsgivarens intressen. Att nätverken balanserar på gränsen mellan det privata och arbetsrelaterade kan dock ge upphov till en problematik kring vem av arbetstagaren och arbetsgivaren som har rätt till innehållet i nätverken samt hur det kan användas. Detta blir särskilt påtagligt på dagens arbetsmarknad, inom så kallade kunskapsföretag. I dessa verksamheter förekommer omfattande kundkontakter för arbetstagare långt ned i hierarkin. Regleringen på området är inte nödvändigtvis anpassad efter denna situation.

I uppsatsen utreds denna problematik, särskilt med avseende på kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk. Detta görs utifrån lojalitetsplikten, FHL och kontraktuella förpliktelser, i vilka till stor del reglerna för förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare återfinns.

I uppsatsen konstateras att kundkontakter skyddas under en anställnings pågående genom lojalitetsplikten, vilken förhindrar arbetstagare att konkurrera med arbetsgivaren. Efter anställningen är skyddet dock mer bräckligt. Mycket tyder på att kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk inte utgör en företagshemlighet i FHL:s bemärkelse, eller att den i sådana fall behöver röjas eller utnyttjas på så vis som avses i lagen. Arbetsgivare kan dock sannolikt i viss utsträckning skydda sig mot att före detta arbetstagare använder sig av sådana kontakter genom avtal, så kallade konkurrensklausuler. Dessa får dock endast användas restriktivt. Den mer begränsade ickeväravnings-klausulen, vilken innebär just att arbetstagaren inte får locka över arbetsgivarens kunder, kan användas i något högre utsträckning. I någon mån kan det möjligen även gå att genom andra avtal reglera förutsättningarna för användande av arbetsrelaterade nätverk.

Enligt min bedömning är möjligheterna för arbetsgivare att skydda sig mot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk relativt små. Detta är också rimligt, beaktat att de regler som ligger till grund för bedömningarna av frågor kring kundkontakter inte är anpassade efter dagens arbetsmarknad. Jag anser inte att det vore lämpligt att lagstiftningsvägen reglera den här sortens frågor, på grund av att arbetsrätten måste vara föränderlig till sin karaktär och inte alltför strikt hållen. Arbetsrelaterade nätverk är ett uttryck för denna föränderlighet och jag tycker inte det är självklart att kundkontakter på så vis som tidigare skall anses vara ett skyddsvärt intresse.

1 Inledning	3
1.1 Syfte och problemformulering	4
1.2 Material och metod	5
1.3 Teori	6
1.4 Disposition	7
1.5 Avgränsning	8
2 Bakgrund till problematiken	8
2.2 Avvägningar till grund för den arbetsrättsliga regleringen	10
2.3 Innebörden av arbetsrelaterade nätverk	12
1.3.1 LinkedIn	12
3 Lojalitetsplikt vid anställningsförhållande	13
3.1 Allmänt om lojalitetsplikten	13
3.1.1 Illojal konkurrens	15
3.1.1.2 <i>Bedömningen av kundkontakter i konkurrerande verksamhet</i>	15
3.1.2 Tystnadsplikt och kritikrätt	17
3.2 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom lojalitetsplikt	19
3.2.1 Användande av kundkontakter vid konkurrerande verksamhet	19
3.2.2 Tystnadsplikt och kundkontakter inom arbetsrelaterade nätverk	20
3.2.3 Medförande av kundkontakter vid avslutad anställning	20
3.2.4 Prognos	21
4 Skyddet för företagshemligheter	21
4.1 Allmänt om skyddet för företagshemligheter	21
4.1.1 En översikt över FHL	22
4.1.2 Intressen som ligger till grund för FHL	23
4.1.3 Innebörden av begreppet företagshemlighet	24
4.1.4 Arbetsrättsligt relevanta regler i FHL	26
4.1.4.1 <i>Synnerliga skäl efter avslutad anställning</i>	27
4.1.4.2 <i>Bedömningen av kundkontakter enligt FHL</i>	29
4.2 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom FHL	31
4.2.1 Hur kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk bedöms	32
4.2.2 Användande av kundkontakter efter avslutad anställning	32
4.2.3 Möjligheten för kund att söka upp arbetstagare genom nätverk	33
4.2.4 Prognos	34
5 Kontraktuella förpliktelser efter avslutad anställning	35

5.1 Allmänt om konkurrensklausuler som hindrar anställning inom samma bransch.....	36
5.1.1 Hur konkurrensklausuler får utformas.....	37
5.1.1.1 Riktlinjer ur 1969 års avtal.....	38
5.1.1.2 Bunden respektive obunden av 1969 års överenskommelse.....	39
5.1.1.3 Särskilt om betydelsen av vite	39
5.1.2 Bedömningen av konkurrensklausuler utanför 1969 års överenskommelse.....	40
5.1.2.1 Syftet att skydda kundkontakter.....	41
5.1.2.2 Syftet att skydda personliga egenskaper eller låsa en arbetstagare	43
5.1.2.3 Arbetstagarens ställning.....	44
5.1.2.4 Övriga faktorer vid bedömningen	45
5.2 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom generella konkurrensklausuler.....	46
5.2.1 Syftet att skydda kundkontakter i i arbetsrelaterade nätverk.....	46
5.2.2 Arbetsgivarens uttryckliga eller underförstådda tillåtelse.....	46
5.2.3 Enstaka avtal eller massavtal.....	47
5.2.4 En helhetsbedömning.....	47
5.2.5 Prognos.....	48
5.3 Allmänt om konkurrensklausuler med ickevärvnings-åtagande.....	49
5.3.1 Bedömningen av ickevärvnings-klausuler.....	49
5.3.2 Faktorer av särskild betydelse vid bedömningen av ickevärvnings-klausuler.....	50
5.3.2.1 Aktiv befattning.....	50
5.3.2.2 Passivt övertagande.....	52
5.3.2.3 Befintliga kunder.....	53
5.3.2.4 Avskärmning från branschen utan kompensation.....	54
5.4 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom ickevärvnings-klausuler.....	55
5.4.1 Aktiv eller passiv befattning.....	55
5.4.2 Vilka kunder som omfattas.....	56
5.4.3 Prognos.....	57
5.5 Allmänt om sekretessklausuler.....	57
5.6 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom sekretessklausuler.....	59
5.7 Allmänt om andra möjliga avtalskonstruktioner till skydd för kundkontakter.....	59
5.8 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom andra avtalskonstruktioner....	60
6 Slutsatser och reflektioner.....	62
6.1 Möjligheten att skydda kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk.....	62
6.2 Behovet av skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk.....	64
Käll- och litteraturförteckning.....	67

1 Inledning

Det informationssamhälle vi lever i tar ständigt enorma kliv framåt och därmed förändras också de förutsättningar vi verkar under i livet. För inte så längesedan var internet något ogreppbart, inte heller är det längesedan gemene man endast hade en stationär telefon istället för en mobil. När vi nu är ständigt uppkopplade, ständigt går att nås, har också portarna till en ny värld i form av så kallade sociala medier öppnats på vid gavel. Ständigt kablar vi ut våra göromål för allmän beskådan och lika ivrigt följer vi andra som gör detsamma. Vårt privatliv är inte alls vad det en gång var och frågan är om det ens kan kallas privat?

Även gränserna mellan det privata och det arbetsrelaterade blir otydliga och diffusa. På ett Twitter-konto görs sällan någon egentlig skillnad mellan de tillfällen då kontohavaren uttrycker sig i egenskap av sin professionella roll eller som privatperson och arbetsgivare kan nu använda nätverk som Facebook för att granska sina anställda. På senare år har även internetbaserade arbetsrelaterade nätverk så som LinkedIn kommit att få allt större betydelse för såväl arbetstagare som arbetsgivare. Genom nätverket kan man hålla kontakten med gamla vänner och kollegor eller kunder, skapa nya kontakter och även marknadsföra sig själv. Det är med andra ord inte enbart ett verktyg för arbetet men inte heller uteslutande privat nätverkande. På så vis har den här sortens arbetsrelaterade nätverk träffande beskrivits som en korsning mellan Facebook och ett mingelparty. Alltså en interaktiv tillställning där deltagarna kan interagera, socialisera och nätverka utan att för den sakens skull behöva svida om till smoking eller cocktailklänning.¹ Innehållet i nätverken balanserar därför på gränsen mellan det privata och det arbetsrelaterade.

I en debattartikel² publicerad i SvD skriver advokat Paula Hogéus om vikten av att arbetsgivare värnar om de anställdas nätkontakter. Användandet av arbetsrelaterade sociala nätverk medför problem kring gränsdragningen av vem som egentligen äger innehållet i tjänsterna och framförallt hur och när det får användas. Ofta innehåller tjänsterna ett kontaktnätverk som kan vara oerhört värdefullt för såväl arbetstagaren som arbetsgivaren. Paula Hogéus menar att arbetsgivaren har en rätt till de kundkontakter som härrör från anställningen och ser inga hinder mot att arbetsgivaren genom avtal reglerar hur kontakterna skall hanteras efter avslutad anställning. Hon menar att arbetsgivaren genom avtalskonstruktioner kan förpliktiga arbetstagaren att radera kundkontakter i sådana nätverk och inte kontakta dem under viss tid efter anställningen, på samma sätt som en

¹ Sörstedt, H, Chef, 2007-03-29

² Hogéus, P, Svenska dagbladet, 2011-12-14

arbetstagare kan förpliktigas att återlämna exempelvis kontaktböcker där kundkontakter återfinns.³

Enligt mig är problematiken kring användandet av arbetsrelaterade nätverk mer komplicerad än så. Den bottnar nämligen i att dessa är ett uttryck för en ny individualiserad och kunskapsbaserad arbetsmarknad. Därför passar de inte med nödvändighet in i den mallen utifrån vilken den här sortens frågor bedöms.

Förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare regleras under anställningen främst genom lojalitetsplikten, enligt vilken arbetstagaren är tvungen att agera lojalt gentemot sin arbetsgivare. Vad gäller sådant som kan betraktas som företagshemligheter finns skydd även genom *Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter* (FHL), under och till viss del efter anställningen. Den sortens avtal som omnämns i artikeln brukar benämnas konkurrensklausuler. Dessa är ytterligare en möjlighet för arbetsgivaren att skydda sig gentemot konkurrens om kunder efter en anställnings upphörande.

Användandet av arbetsrelaterade nätverk som ett kontaktverktyg för att knyta nya och behålla gamla kontakter förändrar dock spelordningen för förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Var i denna ordning kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk bör insorteras och i vilken utsträckning arbetsgivare skyddas, alternativt genom avtal kan skydda sig är därför osäkert.

1.1 Syfte och problemformulering

Inom det arbetsrättsliga fältet blir användandet av så kallade internetbaserade arbetsrelaterade nätverk allt större. Dessa nätverk ger upphov till en ny sorts problematik, då de inte med säkerhet passar in i den gängse mallen för hur frågor om rätten till kundkontakter och övriga arbetsrelaterade relationer hanterats tidigare. Tjänsterna ger upphov till en gränsdragningsproblematik rörande hur och i vilken utsträckning arbetstagare är förhindrade att använda, samt hur arbetsgivare kan förhindra användande, av sådana kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk *under* och *efter* avslutad anställning. Detta avser jag därför att utreda i denna uppsats, mot bakgrund av gällande rätt avseende rätten till användande av kundkontakter. Utifrån detta avser jag även att diskutera vilket skyddsvärde kundkontakter bör tillmätas mot bakgrund av förhållandena på dagens arbetsmarknad, samt vilka åtgärder som eventuellt kan vidtas för att förtydliga rättsläget.

Syftet ämnar jag uppnå genom att besvara följande frågeställningar;

3 Jmf Hogéus, Svenska dagbladet, 2011-12-14

-I vilken utsträckning är arbetstagare förhindrade att använda sig av kundkontakter vid sidan av tjänsten *under* pågående anställning?

-I vilken utsträckning kan arbetstagare förhindras att använda sig av kundkontakter *efter* avslutad anställning utifrån;

a) lagen om företagshemligheter?

b) kontraktuella förpliktelser gentemot arbetsgivaren?

-Hur skyddas en arbetsgivare samt hur kan denne uppnå skydd gentemot att arbetstagare använder sig av kundkontakter som hålls tillgängliga genom arbetsrelaterade nätverk?

-Är kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk ett skyddsvärt intresse på dagens arbetsmarknad och vad kan i så fall göras för att vid behov förtydliga rättsläget?

1.2 Material och metod

Denna uppsats kommer huvudsakligen att röra sig inom rätten såtillvida att jag avser att utreda en problematik som finns inom rätten och upprätta en prognos för vad som gäller på delar av rättsområdet som ännu inte varit föremål för prövning, samt utifrån arbetsrättsliga principer utreda hur dessa problem skall hanteras. Med prognostisering avser jag ett utredande av gällande rätt, utifrån den reglering och den praxis som finns på området.

För att utreda mina frågeställningar behandlar jag regleringen på arbetsrättens område vad gäller lojalitetsplikten, FHL samt kontraktuella förpliktelser arbetstagare och arbetsgivare emellan. Inom arbetsrätten är regleringen till stor del inte lagfäst, men de principer den bygger på är ändå att jämställa med lag. I första hand utgår jag därför ifrån den icke lagfästa lojalitetsplikten och allmänna avtalsrättsliga principer. Vad gäller företagshemligheter regleras dessa i FHL, men regleringen grundar sig till stor del på de principer som framgår av lojalitetsplikten. Även kollektivavtal är av stor betydelse på arbetsrättens område, i det här sammanhanget framförallt 1969 års överenskommelse mellan Svenskt näringsliv, ledarna och Sveriges civilingenjörer. Ur denna överenskommelse har till stor del principerna för konkurrensbegränsande avtal utvecklats.

I förarbetena till FHL och *Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område* (AvtL) framgår den helhetsbild som präglar rättsområdet, varför dessa tillmätts stor vikt. Detsamma gäller DS 2002:56, även om denna utredning inte ledde till lagstiftning. Den ger dock en djupgående och relativt uppdaterad bild av rättsläget. I övrigt finns en relativt omfattande doktrin på området vad gäller lojalitetsplikten, FHL och konkurrensklausuler. Den står dock i huvudsak i överensstämmelse med ovan nämnda förarbeten. Doktrin används därför

i uppsatsen dels för att fånga upp den diskussion som går utöver förarbetena, men även i de fall doktrin presenterar en mer uppdaterad bild av rättsläget.

Det är dock främst mot bakgrund av praxis från Arbetsdomstolen (AD) som en bild av hur rättsläget ser ut skapas i uppsatsen. Det är även utifrån praxis jag avgör vilka bedömningsgrunder och principer som tillmäts stor betydelse. Domar från AD är prejudicerande, vilket gör att de kan användas som ett underlag för att utröna gällande rätt. Praxis på området är omfattande, men jag har eftersträvat att samtliga mål av betydelse skall omnämnas i sitt sammanhang. Mitt urval⁴ är baserat dels på relevant doktrin, men även sökningar i databaser och liknande. I de fall jag närmre refererar rättsfall har urvalet skett på basis av tydligheten i resonemanget alternativt då jag anser att ett rättsfall bör belysas på grund av att det talar i en annorlunda riktning. Jag vill dock uppmärksamma läsaren på att även om fullständighet eftersträvat vid återgivningen har jag själv gjort bedömningar av vilken praxis som är av central betydelse för aktuella rättsfrågor. Detta kan i viss mån påverka resultatet.

1.3 Teori

Det teoretiska perspektiv som framförallt ligger till grund för denna uppsats är relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare⁵ samt hur den påverkar och bör påverka bedömningen. Detta förhållande och principerna som omgärdar det är utgångspunkten för utredningen i denna uppsats.⁶

Det blir därför fråga om en avvägning mellan å ena sidan arbetsgivarens intressen och å andra sidan arbetstagarens. Inom arbetsrätten är arbetstagarens lojalitetsplikt en allmänt erkänd rättsfigur, som primärt värnar om arbetsgivarens intressen. Lojalitetsplikten är en hävdvunnen princip som bygger på sedvänja vilken i sin tur tagit sig uttryck i AD:s rättspraxis.⁷ Även om lojalitetsplikten i dess egentliga mening är begränsad till tiden för anställningen är min bedömning att den till viss del även präglar förhållandena efter anställningen. Detta framgår dels genom FHL⁸, men även av det faktum att svensk rätt accepterar avtal arbetsgivaren och arbetstagaren emellan vilka förlänger verkningarna av lojalitetsplikten.⁹

Vad gäller arbetstagarens intressen värnas dessa främst genom avtalsrättsliga principer om att

4 Vid urvalet har beaktats mål som avgjorts av AD till och med 2012-11-15

5 Se Glavå, M s 75-79 om funktionen med arbetsrätten, där relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare är den huvudsakliga, men inte den enda

6 Se Munukka, J s 72-73 om lojalitetspliktens förhållande till avtalsrätten

7 Se Fahlbeck, R s 110

8 Se Fahlbeck, R s 108-109 och 121-123 om arbetsrätten i förhållande till FHL

9 Se Glavå, M s 596

arbetsgivaren inte får tillämpa oskäligen avtal gentemot denne. Detta har sannolikt sin grund i att arbetsgivaren primärt är den som skapar förutsättningarna för ett anställningsförhållande.^{10,11} Den centrala aspekten är skäligheten vid ett visst avtalsförhållande, vilket till stor del avgörs utifrån styrkeförhållandet mellan parterna.¹² Som utgångspunkt är arbetsgivaren den starkare parten ur det avseendet, då denne till stor del kontrollerar avtalets innehåll. Temat för uppsatsen tyder dock på att styrkeförhållandet inte nödvändigtvis behöver vara så ojämnt i praktiken.

Rättskällorna på aktuellt område, gällande lojalitetsplikten och konkurrensklausuler, är ej lagfästa. Istället har regleringen tillkommit genom att principer utvecklats i praxis, samt genom kollektivavtal och den allmänna synen på arbetsmarknaden.¹³ Det är alltså inte självklart att lagstiftning väger tyngst, så som är fallet enligt vedertagen rättskällelära. Praxis, allmänna principer och kollektivavtal kan på området ha samma dignitet, vilket bör beaktas för förståelse av hur källorna viktas. Detta innebär att uppsatsen till stor del utreds utifrån arbetsrättsliga principer, framförallt lojalitetsplikten, men mot bakgrund av övergripande rättsliga principer kring avtal och parternas ställning i förhållande till varandra.

1.4 Disposition

Denna uppsats har efter den inledande delen fem huvudsakliga delar. I den första av dessa, kapitel två, introducerar jag närmre den problematik som är uppsatsens tema samt bakomliggande arbetsrättsliga principer och synsätt som är centrala inom arbetsrätten. Här introduceras även mer ingående innebörden och användningsområdet för internetbaserade arbetsrelaterade nätverk, vilka exemplifieras utifrån LinkedIn.

I kapitel tre, fyra och fem behandlas användande av kundkontakter enligt lojalitetsplikten, FHL samt kontraktuella förpliktelser. I dessa kapitel utreder jag dels rättsläget utifrån respektive perspektiv samt belyser eventuell problematik och svårigheter. Därefter applicerar jag i varje kapitel detta på huvudtemat för uppsatsen, alltså rätten till användande av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk. Jag utreder och analyserar då vilket skydd som finns mot sådant användande samt huruvida det är möjligt för arbetsgivaren att skapa ett sådant skydd.

I uppsatsens avslutande del, kapitel sex, diskuterar jag vad jag kommit fram till, samt vilket

10 Se mer ingående om dessa intressen i avsnitt 2.2

11 Schmidt, F s 11

12 Se Munukka, J s 71-73 om avtalsrättens allmänna grundprinciper i förhållande till det arbetsrättsliga området

13 Se Fahlbeck, R s 109

agerande som vid en sammanvägd bedömning är det lämpligaste i en viss situation. Jag kommenterar avslutningsvis rättsläget i sin helhet och presenterar min syn på vilket skyddsvärde kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk bör ges på dagens arbetsmarknad.

1.5 Avgränsning

Inom ramen för denna uppsats utreder jag framförallt problematiken kring kundkontakter och hur dessa används inom arbetsrelaterade nätverk. Jag behandlar dock inte övriga typer av information eller affärshemligheter. I den mån dessa vidrörs är det i syfte att åskådliggöra den huvudsakliga problematiken kring arbetsrelaterade nätverk. Vad gäller specifikt konkurrensklausuler kan dessa vara relaterade till en anställning eller snarare affärsmässiga. I den här uppsatsen kommer endast konkurrensklausuler av det förstnämnda slaget att behandlas.

Uppsatsen utgår från den privata sektorn och jag behandlar därför inte särförhållanden inom det offentliga. Här kan förhållandena skilja sig vad gäller exempelvis tystnadsplikt, sekretess och konkurrens.

På arbetsrättens område är kollektivavtal av väsentlig betydelse. Jag utgår dock från det principiellt viktiga 1969 års avtal, men bortser från övriga avtal som till viss del kan påverka i olika situationer. Även EU-rätten kan påverka utformningen av arbetsrättsliga avtal, främst på kollektiv nivå.¹⁴ Jag berör dock inte i uppsatsen EU-rätten mer ingående ur detta avseende.

2 Bakgrund till problematiken

På senare tid har olika internetbaserade arbetsrelaterade nätverk fått allt större betydelse, såväl för arbetstagare som för arbetsgivare. Nätverken ger en möjlighet att upprätthålla kontakter samt bredda kontaktnätet. Detta är ett viktigt verktyg för arbetstagare både vid pågående anställning och vid byte av anställning, då arbetstagaren på enkelt sätt kan åskådliggöra att denne exempelvis bytt anställning och även hålla kontroll över var på arbetsmarknaden andra viktiga kontakter befinner sig. På dagens rörliga arbetsmarknad är det viktigt för arbetstagaren både att synas och att se vilka förändringar som sker i det betydelsefulla kontaktnätet. Dessutom kan nätverken genom kontakterna utvidgas vilket kan användas såväl under som efter avslutad anställning. Denna ordning skiljer sig väsentligen från tidigare. Formen för hur kontakter upprätthålls och hur nya skapas har ändrats, samtidigt som kontakten med kunder ökar och förekommer i allt högre utsträckning allt

¹⁴ Detta berörs bland annat i Fahlbeck, R s 214-215 och Örnerborg, E, Lag&avtal 2002:3

längre ned i leden av arbetstagare inom en verksamhet.^{15,16}

För arbetsgivaren är anställda med ett rikt kontaktnät något värdefullt. Arbetsgivaren kan genom arbetstagarens nätverk direkt eller indirekt utöka sitt egna nätverk av kontakter, vilket kan bidra till att expandera verksamheten i olika avseenden. De internetbaserade arbetsrelaterade nätverken blir därför ett verktyg som även gagnar arbetsgivaren och dennes verksamhet. Arbetsgivaren kan dessutom skapa en profil för sitt företag inom ett sådant nätverk, vilket kan öka kännedomen om verksamheten.

Arbetsrelaterade nätverk är alltså viktiga för såväl arbetsgivare som arbetstagare, men när de innehåser av arbetstagare sorterar de någonstans emellan det privata och det arbetsrelaterade. Därför är det inte heller så märkligt att konflikter och meningsskiljaktigheter kan uppstå med anledning av vem som egentligen skall ha rätt till innehållet i nätverket. Det kan då uppstå frågor kring hur arbetstagaren kan använda sådan information i nätverken som kan vara såväl personlig som arbetsrelaterad, eller någonstans däremellan.

Många av de principer som ligger till grund för vad en arbetstagare får och inte får göra under respektive efter avslutad anställning samt hur arbetsgivaren kan påverka detta har utmejslats under en längre tidsperiod. Detta medför att det inte är säkert att principerna i alla lägen är anpassade efter dagens arbetsmarknadsmässiga situation. På dagens arbetsmarknad har anställda i högre utsträckning tillgång till för en verksamhet betydelsefull information och också i hög utsträckning personliga relationer med kunder och liknande. Att marknadsföra sig själv och bygga nätverk blir allt viktigare.¹⁷ För arbetsgivaren blir arbetstagarna och dess kunskaper och färdigheter av allt större betydelse, särskilt vad gäller så kallade kunskapsföretag. Arbetstagarna och deras kunskap är som det uttryckts i många fall företagets enda eller viktigaste tillgång.¹⁸ Arbetsmarknaden kan därmed sägas vara på väg mot att bli allt mer individualiserad, vilket dock inte innebär att regleringen anpassats därefter.¹⁹

Situationer som rör användande av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk har av olika

15 Se Fahlbeck, R s 109 angående sambandet mellan lojalitetsplikten och FHL såtillvida att betydelsen av reglering ökar då arbetstagare i många fall producerar eller besitter den kunskap som är att betrakta som en företagshemlighet

16 Se DS 2002: 56 s 290-291 angående den senaste tidens förändringar i organisationsstruktur och arbetsuppgifter inom kunskapsföretag samt hur medarbetare handhar kundrelationer

17 Användandet av det internetbaserade nätverket LinkedIn ökar, se "About", LinkedIns hemsida

18 DS 2002: 56 s 309, Viklund, L, Lag&avtal 1999:7, Fahlbeck, R, Juridisk tidskrift 1997-98:4

19 Se Reinhold Fahlbecks uttalande kring detta i Juridisk tidskrift 1997/98:4

anledningar inte kommit att behandlas i praxis, eller i övrigt i doktrin, varför svaren är långt ifrån självklara. Detta kan å ena sidan tyda på att klausulerna inte används i högre utsträckning än motiverat, men det kan även finnas andra orsaker. En sådan anledning kan vara att många arbetsrättsliga tvister löses genom skiljeförfarande eller att parterna gör upp i godo, en annan att arbetstagare har liten kunskap om vilka klausuler som är skäligen att använda och vilka som inte är det.²⁰ Även osäkerheten inför hur dessa nya situationer skall bedömas påverkar sannolikt parternas vilja att föra tvisten inför domstol.

2.2 Avvägningar till grund för den arbetsrättsliga regleringen

Inom arbetsrätten regleras huvudsakligen förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Förhållandet är i stor utsträckning inte lagfäst, istället har principer för vad som gäller vid anställningsförhållanden kommit att utvecklas med tiden.²¹ Genom åren har en grundtanke om att avtalsparter, i det här fallet arbetstagare och arbetsgivare, skall agera lojalt gentemot varandra kommit att växa fram och allt eftersom förändrats för att anpassas till rådande arbetsmarknad. I linje med detta ligger avtalsfriheten, som innebär att avtalsparter skall vara fria att med undantag för vissa inskränkningar avtala om vad som helst. Med tiden har skyddet för den svagare parten vid ett avtal ökat väsentligt. Detta innebär att principen om att avtal skall hållas inte står sig lika starkt, i vart fall inte då avtalsparterna inte kan sägas vara jämbördiga.²² Vid ett anställningsförhållande bör typiskt sett arbetstagaren vara att betrakta som den svagare parten, eftersom arbetsgivaren i huvudsak råder över innehållet i anställningsavtalet.²³ Det bör dock påpekas att det inte är självklart att arbetstagaren är den svagare parten i alla lägen. Som visas på i uppsatsen kan arbetsgivaren hamna i underläge gentemot en arbetstagare. Detta eftersom arbetstagarens ställning på sätt och vis stärkts i och med att det är denne som besitter för arbetsgivaren betydelsefull kunskap och har viktiga kontakter kan man argumentera för att arbetsgivaren har ett berättigat intresse av att skydda sin verksamhet utifrån detta perspektiv.

Grundtanken inom lojalitetsplikten är den att även om avtalsparter först och främst ser till sitt eget bästa skall de agera trofast för att skapa förtroende i relationen.²⁴ I anställningsförhållanden är det alltså relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare som är central. Lojalitetsplikten ger uttryck för en avvägning kring vad som rimligen kan förväntas av den ena parten i förhållandet gentemot

20 Davidsson, M, Lag&avtal 2009:3

21 Fahlbeck, R s 108

22 Se exempelvis Prop 1975/76: 81 s 10, samt Ramberg, J, Ramberg, C s 177 och Schmidt, F s 11

23 AvtL 36 och 38 §§ reglerar sådana avtal

24 DS 2002: 56 s 288

vad den andre parten får tåla.²⁵ Lojalitetsplikten har traditionellt sett varit en förpliktelse främst för arbetstagaren och är det även i dagsläget, men det bör noteras att en förskjutning skett på så vis att även en lojalitetsplikt för arbetsgivaren kommit att diskuteras.²⁶

Till skydd för arbetstagarens rättigheter finns även kollektivavtal. I Sverige är föreningsrätten oerhört central på arbetsrättens område. Till stor del utformas principer och riktlinjer ur kollektivavtal inom olika branscher. Skyddsintresset för föreningsrätten är främst arbetstagare, men även arbetsgivare åtnjuter skydd genom de kollektiva spelreglerna.²⁷ Till stor del får kollektivavtalen genomslag vid AD:s bedömningar, vilket konstaterats ovan avseende 1969 års överenskommelse. Därför är föreningsrätten av avsevärd betydelse och ett kollektivavtal kan även påverka branscher utanför dess direkta tillämpningsområde.

En viktig grundprincip i den svenska rätten som också påverkar de arbetsrättsliga principerna vid ett anställningsförhållande är de grundlagsfästa friheterna till yttrande och tryck. Vid FHL:s införande fanns det farhågor om att lagen skulle komma att kollidera med dessa rättigheter. De grundlagsskyddade rättigheterna är dock överordnade vid tillfälle av konflikt, vilket gör att lojalitetsplikten, FHL och de grundlagsskyddade rättigheterna samspelar.²⁸ Vad gäller företagshemligheter bör situationen vara den att ett förbud mot att röja hemligheterna inte innebär ett hinder mot yttrandefriheten i lagens mening. Att notera dessa bakomliggande intressen är dock viktigt för att förstå de övergripande avvägningarna inom arbetsrätten.

Som nedan behandlas²⁹ ligger ett flertal viktiga ställningstaganden till grund för regleringen i FHL, vilka även till viss del äger generell tillämplighet vad gäller tystnadsplikts- och konkurrensfrågor. Utöver vad som behandlats ovan är lagstiftningen ett uttryck för avvägningen mellan individens äganderätt och marknadsekonomin, alltså bästa möjliga förutsättningar för marknaden som helhet kontra den enskilde arbetsgivarens intresse av att bedriva verksamhet, använda sina kunskaper och färdigheter samt att inte behöva utstå alltför långtgående inskränkningar. Även konkurrens klimatet är ett intresse som präglar regleringen. Syftet är att förutsättningarna för en sund och lojal konkurrens skall vara så goda som möjligt. Dessa avvägningar bör vara ett uttryck för principer som överlag är av stor betydelse på arbetsmarknaden och i slutändan även påverkar den enskilde i egenskap av arbetsgivare eller arbetstagare. Hur långtgående skyddet för företagshemligheter och

25 Se AD 1993 nr 118 och Glavå, M s 591-592

26 Se Fahlbeck, R s 110

27 Glavå, M s 162

28 Fahlbeck, R s 36-37

29 Se avsnitt 4.1.2

konkurrens skall vara kan ifrågasättas med anledning av dessa intressen. Ett alltför långtgående skydd riskerar att hämma utvecklingen i stort.³⁰

2.3 Innebörden av arbetsrelaterade nätverk

I denna uppsats avser jag med arbetsrelaterade nätverk interaktiva tjänster som har en tydlig koppling till arbete och karriär, men inte nödvändigtvis används endast i dessa syften. Framförallt kommer jag ta utgångspunkt i LinkedIn³¹ som betraktas ledande på det här området.³² De resonemang som presenteras är dock även möjliga att applicera på andra liknande tjänster, så som svenska Shortcut³³ och tyska XING³⁴. Gemensamt för den här sortens arbetsrelaterade nätverk är alltså att de erbjuder användare att hålla kontakt samt skapa nya kontakter.

1.3.1 LinkedIn

Den internetbaserade tjänsten LinkedIn startade den 5 Maj 2003 och är ett verktyg för användaren att sköta såväl det privata som det professionella kontaktnätverket. Enligt LinkedIns hemsida har nätverket 175 000 000 yrkesanvändare³⁵ spridda i över 200 länder och via deras tjänster erbjuds användare möjligheten att hålla sig uppdaterad vad gäller sina kontakter och sin bransch, hitta kontakter med branschspecifik kunskap och styra över yrkesidentiteten på nätet.³⁶

Nätverket fungerar på så vis att användaren registrerar en profil där man sedan kan ange olika uppgifter om sig själv, så som studier, arbetslivserfarenheter och en personlig beskrivning. På så vis kan man sedan matchas mot andra som exempelvis studerat vid samma ort och tillfälle, som man någon gång delat arbetsplats med eller av annan anledning kommit i kontakt med genom arbetet. Man kan även aktivt söka nya kontakter inom den bransch man agerar, eller återknyta kontakt med exempelvis före detta kunder.³⁷ Därigenom kan LinkedIn sedan hjälpa till att utvidga nätverket, genom att ge förslag på möjliga bekanta eller andra som kan vara intressanta på grund av att det har någon form av relation till användaren. På så vis kan nätverket utvidgas och användaren kan dra nytta inte bara av kontakten med en specifik vän, kollega eller kund, utan även i sin tur med dennes kontakter.³⁸

30 Se Viklund, L, Lag&avtal 1999:7

31 LinkedIns hemsida (<http://se.linkedin.com/>) 2012-09-06

32 En åsikt som exempelvis uttrycks i Sörstedt, H, Chef, 2007-03-29

33 Shortcuts hemsida (<http://shortcut.nu/>) 2012-09-06

34 XINGs hemsida (<http://www.xing.com/>) 2012-09-06

35 "About", LinkedIns hemsida

36 "Få ut så mycket som möjligt av ditt yrkesnätverk"

37 Sörstedt, H, Chef, 2007-03-29

38 "LinkedIn", Answers hemsida

Genom sitt stora användarantal³⁹ är LinkedIn, men även andra liknande tjänster, idag ett viktigt instrument för arbetsgivare, rekryterare och arbetssökande. Funktionen är att tjänsten fungerar för att effektivisera upprätthållande såväl som nyskapande av kontaktnät. Betydelsen av tjänsterna gör att frågan om vem som rättmätigt ”äger” innehållet i en enskild användares profil blir central.⁴⁰

3 Lojalitetsplikt vid anställningsförhållande

I detta avsnitt behandlas vilka krav en arbetsgivare kan ställa på en arbetstagare, utan att något särskilt avtalats, utifrån den så kallade lojalitetsplikten. Fokus är att utreda huruvida en arbetstagare kan använda sig av kundkontakter från arbetsgivarens verksamhet vid sidan av anställningen, men även andra aspekter av lojalitetsplikten kommer att vidröras.

3.1 Allmänt om lojalitetsplikten

Förutsättningarna för en specifik anställning regleras genom anställningsavtalet, i den mån vad som avtalas inte står i strid med kollektivavtal och lagar, så som *Lag (1982:80) om anställningsskydd* (LAS). Vad gäller just arbetstagares skyldighet att vara lojal gentemot sin arbetsgivare anses detta ofta vara något som är underförstått genom det ingångna avtalet. Det krävs alltså inte att lojalitetsplikt uttryckligen avtalats för att den skall gälla, även om det inte är ovanligt att så sker⁴¹ för tydlighetens skull. Regleringen av lojalitetsförpliktelserna mellan arbetstagare och arbetsgivare är inte lagfäst, utan framgår istället genom allmänna principer som utvecklats på området.⁴²

Inom lojalitetsplikten ingår typiskt sett förpliktelsen att inte konkurrera med arbetsgivaren, att inte avslöja för arbetsgivaren betydelsefulla uppgifter, tystnadsplikt, samt frågor om rätten att kritisera. I ett mål⁴³ som ansetts vara av stor principiell betydelse för innebörden och omfattningen av lojalitetsplikten framgår den rättsliga ståndpunkten att arbetstagarens skyldigheter gentemot arbetsgivaren inte endast omfattar att ställa sin arbetskraft till förfogande för arbetsgivaren under arbetstid, utan är mer vidsträckt än vad som framgår av anställningsavtalet.⁴⁴ Det behöver alltså inte nödvändigtvis framgå av det ingångna avtalet att arbetstagaren skall bete sig lojalt gentemot arbetsgivaren, just på grund av att anställningsavtalet anses vara av en sådan karaktär att denna

39 Över en miljon unika användare i Sverige per den 20 Juni 2012, 175 000 000 unika användare globalt, se ”About”, LinkedIns hemsida

40 Hogéus, P, Svenska dagbladet, 2011-12-14

41 Munukka, J s 217

42 Fahlbeck, R, s 108-1010

43 Mål AD 1994:79, se även mål AD 2000:5, 2003:21 och 2003:48 där denna uppfattning bekräftas

44 Glavå, M s 591

förpliktelse är en grundförutsättning.⁴⁵ Inte heller är lojalitetsplikten begränsad till den tid arbetstagaren är i tjänst, utan kan även gälla under fritiden. Därför kan arbetstagarens möjligheter att ägna sig åt diverse bisysslor och liknande vara i viss mån inskränkt. Även upplysningsplikt och en skyldighet att med aktsamhet förvara och bevaka arbetsgivarens egendom omfattas av lojalitetsplikten.⁴⁶ Arbetsgivaren bör dock lämpligtvis informera om vad som gäller, då lojalitetspliktens omfattning kan bero av omständigheterna.⁴⁷

Att på ett generellt plan fastslå vad som omfattas av lojalitetsplikten och vad som inte gör det är svårt. Att lojalitetsplikten är konstruerad med relativt vaga ramar är nästintill nödvändigt, med tanke på att arbete och anställningsförhållanden är föränderliga över tid. Detta innebär också att lojalitetsplikten måste anpassas och ses mot bakgrund av de speciella förutsättningar som gäller för en viss anställning vid en viss tidpunkt. Att lojalitetsplikten dock genomgående bör ha en stark ställning kan motiveras av att arbetstagare genom arbetsgivarens förtroende förvaltar dennes intressen. Utåt sett är arbetstagaren en del av arbetsgivarens verksamhet och måste därför uppträda och agera på ett sätt som gynnar arbetsgivaren.⁴⁸ Vid bedömning av lojalitetspliktens omfattning måste dock i varje enskilt fall värderas vilka förpliktelser och förmåner som utöver lojalitetsplikten kommer av avtalet.⁴⁹

Det lojalitetsförpliktande förhållandet kvarstår fram till dess att anställningen upphör. Efter avslutad anställning har arbetstagaren alltså inga sådana förpliktelser gentemot arbetsgivaren. Det bör dock påpekas att förpliktelserna kvarstår även under uppsägningstiden, om inte något annat avtalats.⁵⁰ Vad gäller sekretess för exempelvis företagshemligheter behöver dock inte slutpunkten för anställningen innebära att ansvaret för den före detta arbetstagaren upphör, skyldigheten kan nämligen utsträckas till att gälla även efter avslutat anställning.⁵¹

Sammanfattningsvis har arbetstagaren en underförstådd och tämligen vidsträckt lojalitetsplikt gentemot sin arbetsgivare. Om arbetstagaren bryter mot denna plikt kan detta anses utgöra saklig grund för uppsägning. De aspekter som framförallt är av avgörande betydelse för den här bedömningen är i vilken omfattning och vilken slags konkurrens eller liknande det är fråga om,

45 Schmidt, F s 257 f

46 Bylund, B, Viklund, L s 90-91

47 Bylund, B, Viklund, L s 90-91

48 Munukka, J s 210

49 Nicander, H, i Juridisk tidskrift 1995/96:3 s 31

50 Iseskog, T s 72

51 Bylund, B, Viklund, L s 104. Se nedan kap 4 och 5

arbetstagarens ställning i företaget samt vilken skada tilltaget medför för arbetsgivaren.⁵² Nedan kommer jag närmre redogöra för vad som skall anses vara illojalt agerande från arbetstagarens sida, utifrån *illojal konkurrens* samt *tystnadsplikt och kritikrätt*.

3.1.1 Illojal konkurrens

Lojalitetskravet brukar beskrivas så att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intressen före sina egna. Arbetstagaren får inte agera på ett sådant vis att denne hamnar i en intressekonflikt gentemot arbetsgivaren, genom att vidta åtgärder som på ett eller annat vis skadar eller konkurrerar med arbetsgivaren och dess verksamhet.⁵³ Förbud mot sådan verksamhet regleras ofta i anställnings- eller kollektivavtal, men upprätthålls även annars av lojalitetsplikten.⁵⁴

Illojal konkurrens föreligger när en arbetstagare bedriver verksamhet som konkurrerar med arbetsgivaren och som är ägnad att tillfoga arbetsgivaren skada. Verksamheten får inte heller bedrivas om den på annat sätt kan uppfattas som illojal.⁵⁵ Vid bedömningen av om arbetstagare agerat illojalt fäster AD vikt vid arbetstagarens ställning i arbetsgivarens verksamhet. Detta har sin grund i att en högt uppsatt arbetstagare i regel har större tillgång till företagshemligheter av olika slag.⁵⁶

Den konkurrerande verksamheten behöver inte ha tagit sin början för att illojal konkurrens skall föreligga. Det kan vara tillräckligt att arbetstagaren på olika sätt påbörjat planering eller förberedelser för en konkurrerande verksamhet.⁵⁷ Sådan planering bör enligt min mening exempelvis vara då arbetstagaren tar kontakt med kunder och kollegor, eller tillägnar sig kundregister, i syfte att starta en konkurrerande verksamhet.

3.1.1.2 Bedömningen av kundkontakter i konkurrerande verksamhet

I detta avsnitt skall mål där AD bedömt användande av kundkontakter behandlas. Först bör kort AD 1999 nr 144 lyftas fram. I målet fastslår domstolen med hänvisning till AD 1977 nr 118 att *”..det är oomtvistligt att en anställd i allmänhet bryter mot det lojalitetskrav som följer av anställningsavtalet om han, medan anställningen består, bedriver med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet. Redan planer på sådan verksamhet kan under vissa omständigheter utgöra brott mot*

52 Bylund, B, Viklund, L s 231

53 Bylund, B, Viklund, L s 90-91

54 Munukka, J s 217. Som ovan nämnt tjänar sådant omnämnande närmast ett upplysande syfte

55 Munukka, J s 217 med hänvisning till bland annat mål AD 2003 nr 21 samt mål AD 1977 nr 118

56 DS 2002: 56 s 326, samt mål AD 1977 nr 118. Jmf dock Nicander, H, s 40 i Juridisk tidskrift 1995/96:3, som menar att ställningen inte har påtaglig betydelse

57 DS 2002: 56 s 323-324, se även AD 1993 nr 12 och AD 1982 nr 42

lojalitetskraver”⁵⁸. Av detta framstår skyddet för arbetsgivaren som i princip heltäckande mot konkurrens från arbetstagaren under pågående anställning.

Ett belysande mål vad gäller användande av kundkontakter är AD 1981 nr 161 där en arbetstagare trots förmaning från arbetsgivaren startat upp en med denne konkurrerande verksamhet. Arbetstagaren och arbetsgivaren konkurrerade sedan om samma kund. Av denna anledning, alltså för att arbetsgivaren förlorat kunder på grund av arbetstagarens agerande, ansågs skäl för avskedande föreligga på grund av illojal konkurrens från arbetstagarens sida. Det var i målet uppenbart att arbetsgivaren lidit förlust av arbetstagarens agerande, trots att arbetstagaren inte hos arbetsgivaren arbetade med direkta kundkontakter. I mål AD 1999 nr 144 menade AD dock att uppkommen skada inte är nödvändig för att agerandet skall anses illojalt. Även risk för sådan skada eller det faktum att agerandet i sig är särskilt illojalt kan vara tillräckligt.⁵⁹

Även delägarskap i en verksamhet som konkurrerar med arbetsgivarens verksamhet och söker rekrytera dennes kunder kan utgöra illojalt agerande. Detta framgår av AD 2006 nr 122.⁶⁰ Det är oklart om det i målet var så att arbetstagarna ansågs ha bidragit till reell ekonomisk skada, eller om tilltaget i sig bedömdes som särskilt illojalt.

Omständigheterna i varje enskilt fall påverkar bedömningen av huruvida illojal konkurrens föreligger, så som i mål AD 1980 nr 82. I målet var det fråga om en arbetstagare på en bilvårdsanläggning som på sin fritid bedrev försäljning av husvagnar. Arbetsgivaren ansåg att detta utgjorde illojal konkurrens gentemot denne, en uppfattning som inte delades fullt ut av AD. Denna konkurrens ansågs nämligen vara mycket uttunnad, med hänsyn till arbetstagarens ställning samt skadan för arbetsgivaren. Dessutom knöt inte den anställda kundkontakter i sitt arbete varför det således heller inte var fråga om att locka över kunder. I detta mål uttrycker AD en förhållandevis restriktiv syn på att betrakta anställdas agerande som illojal konkurrens. Av avgörande betydelse för utgången i målet var att arbetstagaren i sin anställning hade få reella kontakter med kunder. Av målet framgår att det inte är självklart att en arbetstagares agerande är att betrakta som illojal konkurrens bara för att den i någon mån kan anses utföras i konkurrens med arbetsgivaren.

Som huvudregel kan ändå konstateras att arbetstagaren bör vidta stor försiktighet vad gäller att ägna sig åt bisysslor, då dessa kan bedömas utgöra konkurrerande verksamhet. Särskilt gäller detta när

58 Författarens kursivering

59 Jmf Munukka, J, s 211 och Glavå, M s 595.

60 Jmf även Munukka, J, s 217, där graden av aktivitet behandlas

arbetstagaren bedriver konkurrens om samma kunder som arbetsgivaren, oavsett om de är kunder hos arbetsgivaren sedan tidigare eller ej. Ett sådant förfarande kan innebära reell ekonomisk förlust eller risk för sådan förlust för arbetsgivaren, vilket är utslagsgivande i praxis. Dessutom innebär sådant agerande att förtroendet mellan arbetstagare och arbetsgivare riskeras att påverkas.

Om en arbetsgivare vid anställningens upphörande medför hela eller delar av kundregister från arbetsgivarens verksamhet kan detta utgöra brott mot lojalitetsplikten, oavsett om uppgifterna används för att konkurrera eller ej. Detta framgår bland annat av AD mål 2010 nr 90. I målet hade arbetstagaren medfört uppgifter som var att likställa med kundregister. Dessutom hade denne tillägnat sig andra uppgifter om villkor och pris med mera, samt raderat dokument från arbetsgivarens system. Tilltaget ansågs uppenbart illojalt, vilket också är den gängse uppfattningen vad gäller situationer som denna.⁶¹ Enligt min mening bör detta sammanhållas med att särskilt illojala handlingar inte kräver reell ekonomisk skada, vilket bör kunna innefatta situationer som denna.

Avslutningsvis bör nämnas något om lojalitetsplikten tidsmässiga omfattning. Av AD mål 1998 nr 101 framgår att lojalitetsplikten är lika vidsträckt som anställningen. Då anställningen upphör gäller detsamma för lojalitetsplikten. Detta innebär att en arbetstagare ur det perspektivet är fria att använda kontakter från verksamheten efter avslutad anställning.

3.1.2 Tystnadsplikt och kritikrätt

Vid en anställning har en arbetstagare en skyldighet att inte avslöja för utomstående vissa för verksamheten känsliga eller betydelsefulla uppgifter. Tystnadsplikten är en underförstådd del av ett anställningsavtal, precis som lojalitetsplikten i övrigt. Detta har till och med uttryckts så att tystnadsplikten kan ses som en grundsats i varje kontraktuell situation.⁶² Det förekommer ändå att individuella avtal eller kollektivavtal reglerar arbetstagares tystnadsplikt, men detta är alltså inte nödvändigt. Möjligen kan sådana avtal vara till hjälp vid bedömningen av hur vidsträckt tystnadsplikten är, vilket inte alltid är alldeles klart.⁶³ Vad som omfattas av tystnadsplikten måste rimligen bero på anställningens art och vad som uttalat eller underförstått är av intresse för arbetsgivaren att hemlighålla. Till viss del återfinns sådant skydd i FHL, för information som kan klassas som företagshemlighet.⁶⁴ Vad som omfattas av tystnadsplikten bör dock kunna vara vidare.

61 Jmf Fahlbeck, R, s 317 som skriver att sådana tilltag typiskt sett anses vara illojala

62 Glavå, M, s 601

63 SOU 2008: 63 s 84-85

64 Munukka, J s 215

En vid definition skulle kanske kunna vara att det omfattas av tystnadsplikten som arbetsgivaren gett uttryck för att han vill hemlighålla, men som inte är brottsligt eller på något annat sätt en oegentlighet.⁶⁵ Tystnadsplikten bör därför enligt min mening omfatta sådant som exempelvis affärsstrategier och kund- eller prismodeller.

Praxis vad gäller tystnadsplikten omfattning är knapphändig. I mål AD 1961 nr 27⁶⁶ slås fast att avslöjanden som inte är ägnade att skada arbetsgivaren utan att komma till rätta med missförhållanden måste anses försvarliga. Härigenom kan slutsatsen dras att är syftet med ett visst avslöjande att skada arbetsgivaren är detta att bedöma som uppenbart illojalt.⁶⁷ Nedan skall något mer nämnas om kritikrätten i förhållande till tystnadsplikten.

I vissa fall finns det skillnader emellan privata och offentliga anställningar vad gäller lojalitetsplikten. Dessa skillnader föreligger framförallt i den så kallade kritikrätten, som står i motsats till tystnadsplikten, alltså rätten att kritisera en arbetsgivare. Denna rätt är mer vidsträckt för offentliganställda än den för privatanställda, vilket sammanhänger med den grundlagsskyddade yttrandefriheten.⁶⁸ Till viss del har även privat anställda en sådan rätt, men den vägs då mot lojalitetsplikten. För att en arbetstagare skall ha rätt att kritisera arbetsgivaren i en sådan situation får syftet inte vara att framställa arbetsgivaren i dålig dager eller liknande. Kritiken skall vara ett sätt att uppmärksamma och komma till rätta med missförhållanden på arbetsplatsen.⁶⁹ Den får dock inte innebära ett röjande av uppgifter som omfattas av sekretess eller som utgör företagshemligheter för att de på grund av sin karaktär är viktiga att hållas hemliga inom verksamheten.⁷⁰ Här måste dock en proportionell bedömning göras av de missförhållanden som påkallas gentemot det ingrepp avslöjandet innebär i arbetsgivarens verksamhet.⁷¹ Att göra en sådan bedömning kan inte i alla lägen vara helt enkelt för den enskilde arbetstagaren.

I praxis har kritikrätten prövats med varierande utfall. I AD 1986 nr 95 hade arbetstagaren gjort obehöriga anmälningar till myndigheter, vilket enligt domstolen ansågs utgöra illojalt beteende gentemot arbetsgivaren. I AD 1997 nr 57 däremot, som gällde ambulansförare som gjort kritiska uttalanden i media med anledning av deras ställning som skyddsombud, ansågs uppsägningarna inte

65 Fahlbeck, R s 114

66 Målet får trots sin anseende ålder anses ha vis aktualitet, främst genom hänvisning i mål AD 1994 nr 79

67 Jmf DS 2002: 56 s 317 angående kriterierna för bedömning av överträdelse av tystnadsplikten

68 Munukka, J, s 214

69 Bylund, B, Viklund, L s 90-91. I mål AD 1982 nr 110 uttalade AD att detta var en grundprincip i svensk rätt

70 Munukka, J s 213-214

71 SOU 2008: 63 s 87

sakligt grundade. Detta kan sammanhånga med att verksamheten trots sin delvis privata karaktär var av sådan art att den tjänade allmänheten, vilket beaktas särskilt vid bedömningen av kritikrätt.⁷²

Intressant att notera är det faktum att lojalitetsplikten skall vägas emot yttrandefrihet, vilket innebär att arbetstagarens intresse av att uttrycka sig och agera fritt ställs mot arbetsgivarens intresse att värna sin verksamhet. Detta är enligt min mening ett uttryck för de avvägningar som generellt är av intresse vid bedömningen av arbetstagarens rättigheter gentemot arbetsgivaren och vice versa.

3.2 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom lojalitetsplikt

Lojalitetsplikten erbjuder ett relativt långtgående skydd för arbetsgivaren under pågående anställning. Genom lojalitetsplikten förhindras arbetstagaren att ägna sig åt bisysslor eller i övrigt agera på ett sätt som skadar förtroendet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Att bedriva konkurrerande verksamhet, eller engagera sig i annans konkurrerande verksamhet, är något som typiskt sett måste betraktas som klart illojalt. Förvisso beror detta på arbetstagarens situation och ställning i förhållande till arbetsgivaren och i verksamheten. Huvudregeln är att ju starkare ställning arbetstagaren har desto större krav ställs ur lojalitetssynpunkt. Detta sammanhänger antagligen med att arbetstagaren i kraft av starkare ställning inom verksamheten också får tillgång till känsligare uppgifter och närmre kontakt med betydelsefulla kunder och andra värdefulla relationer.

3.2.1 Användande av kundkontakter vid konkurrerande verksamhet

I teorin är det inte nödvändigt för arbetsgivare att agera aktivt för att förhindra att arbetstagare handlar illojalt under anställningens pågående. Lojalitetspliktens omfattning påverkas inte i nämnvärd utsträckning av vad som avtalas arbetstagare och arbetsgivare emellan. I den här sortens situationer där gränserna blir otydliga kan det dock vara på sin plats att förtydliga genom avtal i samband med anställningens ingående. I många fall tänker kanske inte en arbetstagare som befinner sig längre ned i hierarkin i en verksamhet att användande av kontakter i ett arbetsrelaterat nätverk kan vara att betrakta som ett brott mot lojalitetsplikten.

Under pågående anställning är det som sagt i princip ovidkommande varifrån kontakterna inhämtats vid bedömningen av huruvida illojal konkurrens föreligger. I praktiken kan man dock föreställa sig att en arbetstagare som inte behöver kopiera exempelvis ett kundregister eller vidta några andra sådana åtgärder betraktar tilltaget som mindre allvarligt. Finns kunderna på en privat profil är steget inte lika långt att använda dem även utanför anställningen. Dessa situationer kan arbetsgivaren

72 SOU 2008: 63 s 86

verka proaktivt gentemot genom att av avtala eller meddela föreskrifter för arbetsplatsen. Arbetsgivaren bör dock vara försiktig och inte vara alltför långtgående i sina skrivningar. Under anställning är det centrala att arbetsgivaren inte bedriver konkurrerande eller förtroendeskadlig verksamhet gentemot arbetsgivaren, varför det alltså är detta som är viktigt att påtala.

3.2.2 Tystnadsplikt och kundkontakter inom arbetsrelaterade nätverk

Tystnadsplikten omfattar sådana uppgifter vars avslöjande skulle vara särskilt känsliga för arbetsgivaren. Kundkontakter kan vara av sådan karaktär, särskilt om arbetsgivaren påtalat vikten av att de skyddas och hemlighålls. Avgörande är till viss del karaktären på uppgifterna, men även hur de skyddas inom verksamheten.

Vad gäller tystnadsplikten kan denna rimligen inte omfatta uppgifter av den karaktär som återfinns inom arbetsrelaterade nätverk såvida sådant användande är tillåtet. Om arbetsgivaren inte vill att uppgifterna skall komma till allmän kännedom genom arbetsrelaterade nätverk är det i sådana fall något som bör regleras i förhand genom anställningsavtalet eller i vart fall särskilt påtalas av arbetsgivaren. Arbetsgivaren får i sådana fall göra en avvägning kring för- och nackdelar med användandet av arbetsrelaterade nätverk.⁷³

3.2.3 Medförande av kundkontakter vid avslutad anställning

Att vid avslutad anställning medföra kundkontakter har i praxis inte ansetts acceptabelt och inneburit ett brott mot lojalitetsplikten. Det har då varit fråga om delar av kundregister eller jämförbara sammanställningar av kunder i arbetsgivarens verksamhet. Arbetstagaren har genom en aktiv handling förberett och medfört uppgifterna.

Genom användandet av sociala arbetsrelaterade nätverk finns inte längre behovet av att aktivt medföra kundkontakter, då dessa helt eller delvis redan kan finnas sammanställda i den anställdes profil. Det finns anledning att ifrågasätta om ett sådant medförande verkligen skulle anses strida mot lojalitetsplikten. I sådana fall måste lojalitetsplikten anses omfatta en skyldighet för arbetstagaren inte bara att underlåta att medföra kundkontakter från arbetsgivaren, utan även radera sådana kontakter ur ett nätverk av privat karaktär som dessutom används med arbetsgivarens direkta eller indirekta samtycke. Förvisso kan man betrakta användandet av ett arbetsrelaterat nätverk i sig som en sådan förberedelse att medföra kontakterna vid avslutad anställning. Brott mot lojalitetsplikten tycks dock i någon mån förutsätta att arbetstagaren på ett medvetet sätt åsidosätter sina förpliktelser gentemot arbetsgivaren, vilket det sannolikt inte skulle vara fråga om här.

⁷³ Se nedan, avsnitt 5.7-5.8

Att ålägga en arbetstagare att radera kontakter ur ett privat nätverk som används med arbetsgivarens tillstånd skulle vara en långtgående förpliktelse. Vid en avvägning mellan arbetsgivarens och arbetstagarens intresse bör även tas i beaktande att sådana krav inte bör ställas som ingriper i individens rättigheter utöver vad som har en direkt koppling till arbetet som sådant.

3.2.4 Prognos

Lojalitetsplikten ger arbetsgivaren ett heltäckande skydd gentemot konkurrens från sina arbetstagare under anställningens pågående. Detta innebär att arbetstagare under anställning inte har möjlighet att konkurrera gentemot arbetsgivaren, eller avslöja betydelsefulla uppgifter, under tiden för anställningen. Om arbetstagaren använder sig av arbetsgivarens kunder kan detta vara något som ytterligare talar för att agerandet är illojalt. Ur det avseendet gör det ingen skillnad huruvida kundkontakterna återfinns i arbetsrelaterade nätverk eller inte. Arbetsgivaren har därför genom lojalitetsplikten ett fullgott skydd under pågående anställning, men bör ändå vara noggrann med att underrätta arbetstagarna om vad som gäller.

Som ovan redogjorts för är det dock inte lika säkert att arbetsgivaren skyddas gentemot att arbetstagaren i samband med en anställnings avslutande medför kundkontakter i ett arbetsrelaterat nätverk. Arbetstagaren behöver då inte vidta någon aktiv åtgärd, vilket typiskt sett varit fallet.

4 Skyddet för företagshemligheter

Som ovan redogjorts för upphör den lojalitetsplikt som följer av anställningsförhållandet samtidigt som anställningen avslutas. Kommande del av uppsatsen behandlar vilket skydd arbetsgivaren har utifrån FHL, i vilken det finns regler som gäller såväl under pågående anställning som efter avslutad anställning, men då arbetsgivaren fortfarande anses ha ett berättigat skyddsintresse för viss information arbetstagaren tillägnat sig under anställningen. Även i denna del kommer jag framförallt att fokusera på att beskriva reglerna utifrån hur de påverkar arbetstagare respektive arbetsgivares rätt till kundkontakter som använts i anställningen. För att skapa en helhetsbild kommer dock övriga centrala delar för lagstiftningen i viss mån behandlas.

4.1 Allmänt om skyddet för företagshemligheter

FHL är en lag avsedd att skydda såväl allmänna som enskilda intressen, vilket kommer till uttryck genom att den stadgar såväl straffrättsliga som skadeståndsrättsliga påföljder. Syftet är primärt att

skydda sådan information som kan ha särskild betydelse ur konkurrenshänseende.⁷⁴ Den är inte en rakt igenom arbetsrättslig lag, men den innehåller särskilda arbetsrättsliga bestämmelser vilket gör att anknytningen till arbetsrätten trots allt är stark. Till stor del bygger regleringen i FHL på övrig arbetsrättslig reglering och kanske framförallt på den icke lagstadgade lojalitets- och tystnadsplikten, som behandlats ovan i avsnitt 3. Det komplement som FHL bidrar med rör framförallt arbetstagares ansvar i dessa situationer.⁷⁵ Till viss del kan FHL sägas utsträcka lojalitetsplikten till att gälla även efter avslutad anställning.⁷⁶

Skyddsobjektet för FHL är företagshemligheter, vilka ofta är kända av arbetstagare och i många fall även skapade av dessa. Ett annat sätt att betrakta saken på är att de anställda kan utgöra företagshemligheter i sig, med tanke på att de nu för tiden ofta bär de kunskaper och den erfarenhet som utgör ett företags viktigaste kapital.⁷⁷ I dagens samhälle är det därför inte okomplicerat att dra gränsen för vad som kan vara en företagshemlighet och vad som inte kan vara det. De företagshemligheter som definitionsmässigt har skydd av lagen är dock sådana företagshemligheter med direkt anknytning till ett anställningsförhållande och som en arbetstagare tagit del av genom anställningen samt insåg eller borde insett denne inte fick avslöja. Sådana företagshemligheter får ej avslöjas eller röjas uppsåtligt eller av oaktsamhet. Arbetstagaren är i sådana fall skyldig att ersätta skadan. Om detta inträffar efter avslutad anställning krävs dock synnerliga skäl för sådant ansvar.⁷⁸

4.1.1 En översikt över FHL

Vad som skall anses vara en företagshemlighet anges i FHL 1§. I FHL 2§ anges att endast obehöriga angrepp på företagshemligheter omfattas av lagen. Därigenom exkluderas situationer då en arbetstagare anmäler misstänkt brottslighet eller rapporterar in allvarliga missförhållanden inom en viss verksamhet.

I FHL 3-4§§ stadgas vilka gärningar som är straffbelagda enligt lagen. Det rör sig om företagsspioneri, FHL 3§, samt olovlig befattning med företagshemlighet, FHL 4§. Här är det fråga om situationer då någon olovligen bereder sig tillgång till information som är en affärshemlighet, eller tillägnar sig sådan information från annan som olovligen berett sig tillgång till den.

I FHL 5-10§§ återfinns bestämmelserna som kan ge upphov till skadestånd. Till att börja med

⁷⁴ Glavå, M s 598

⁷⁵ Glavå, M s 598

⁷⁶ Se FHL 7§ 2 st

⁷⁷ Fahlbeck, R s 33, jmf även avsnitt 2.1 angående problematiken kring begreppet företagshemlighet i modern tid

⁷⁸ FHL 7§, Glavå, M s 598

återfinns grunden för skadestånd enligt FHL 3-4§§ i FHL 5§. Enligt FHL 6§ kan skadestånd utdömas för den som olovligen utnyttjar en företagshemlighet som denne fått ta del av i förtroende från en näringsidkare i samband med en affärsförbindelse⁷⁹.

Den bestämmelse som är mest central för uppsatsen är dock FHL 7§. Det är enligt denna som skadeståndsrättsligt ansvar kan utkrävas för den som röjer en företagshemlighet som denne fått ta del av genom sin anställning. Detta rör således den situation då en arbetsgivare anförtror en arbetstagare en viss information, eller då en arbetstagare på något annat sätt i sin tjänst tillägnar sig viss information av intresse för arbetsgivaren. Denna bestämmelse kommer att behandlas mer utförligt nedan i avsnitt 4.1.4. Värt att notera är dock skillnaden mellan FHL 6 och 7§§, som består i skillnaden mellan uppdragstagare- och arbetstagare, vilket inte alltid är en helt enkel gränsdragning. Den saknar i FHL till stor del betydelse då det inte föreligger någon skillnad i påföljdshänseende. Vad gäller situationen då relationen mellan parterna avslutats kan gränsdragningen dock få betydelse. Efter avslutad anställning krävs nämligen synnerliga skäl för att en arbetstagare skall ställas till ansvar, vilket inte gäller för uppdragstagare.⁸⁰ Detta är sannolikt ett uttryck för arbetstagarens skyddsvärde.

FHL 8§ är en avslutande uppsamlingsregel med innebörden att röjande av företagshemlighet leder till ansvar för att ersätta den uppkomna skadan. FHL 9-10§§ innehåller regler om beräkning av skadestånd och preskription. Avslutningsvis i lagen återfinns bestämmelser om bland annat vitesförbud och inlösen, vilka inte kommer att behandlas närmre.

4.1.2 Intressen som ligger till grund för FHL

FHL, som alltså inte uteslutande är en arbetsrättslig reglering, är en avvägning mellan ett antal olika hänsyn, som enligt mig är överlag centrala för frågor som rör lojalitet och sekretess vid förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Några intressen som är särskilt viktiga⁸¹ är yttrandefrihet, marknadsekonomi, konkurrensförhållanden och arbetstagare.

Vad gäller arbetsgivares intresse att själva bestämma över sina angelägenheter och tillämpa sekretess när detta är nödvändigt ställs detta mot det allmänna intresset av en lojal konkurrens, till fördel för såväl näringsidkare som enskilda och marknaden i stort. Underförstått är även yttrandefriheten, som syftar till att begränsa sekretess och hemlighållande av uppgifter, central även

⁷⁹ Fahlbeck använder sig av begreppet uppdragstagare, se Fahlbeck, R s 303

⁸⁰ Fahlbeck R, s 314

⁸¹ Dessa intressen lyfts fram av Fahlbeck, R på s 26

om den inte framgår uttryckligen. Yttrandefriheten kan skapa intressekonflikter mellan arbetsgivare och arbetstagare, kanske framförallt vad gäller rätten att kritisera och uppmärksamma oegentligheter i en verksamhet.⁸²

En annan viktig avvägning som inte direkt framgår av lagstiftningen är den mellan enskilda arbetsgivare och enskilda arbetstagarers intressen.⁸³ Enligt min mening tar sig denna avvägning ändå uttryck till viss del genom avvägningen mellan marknadsekonomin och konkurrensrätten, som skildrar just intresset av att använda viss kunskap mot att begränsa användandet. Även om de enskildas intressen inte klart går att utläsa ur lagen framgår de av bestämmelserna till skydd för affärshemligheter i samband med anställning. Arbetsgivarens intresse skyddas under pågående anställning, men skyddet begränsas efter anställningens avslutande för att den enskilde arbetstagarers intressen inte i alltför hög utsträckning skall inskränkas.

Dessa intressen speglar som sagt överlag förhållandet arbetsgivare och arbetstagare emellan. Var gränsen går för i vilken utsträckning en arbetsgivare kan förvänta sig att en arbetstagare skall agera lojalt och även i vilken utsträckning en arbetsgivare genom kontrakt och avtal gentemot arbetstagarer kan begränsa dennes möjligheter avgörs till stor del mot bakgrund av dessa principer.

4.1.3 Innebörden av begreppet företagshemlighet

Vad som är en företagshemlighet i FHL:s mening stadgas i FHL 1§;

”Med företagshemlighet avses i denna lag sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.

*Med information förstås både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet ritningar, modeller och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sätt.”*⁸⁴

Begreppet ”företagshemlighet” är tänkt att beteckna skyddsobjektet för lagen.⁸⁵ Företagshemligheter omfattar hemligheter i näringsverksamhet i stort, alltså inte endast i företag

⁸² Jmf Fahlbeck, R s 27 som diskuterar de intressekonflikter som ligger till grund för FHL

⁸³ Fahlbeck, R s 27

⁸⁴ FHL 1§ i dess ordalydelse, författarens kursivering.

⁸⁵ ”Företagshemlighet” motsvarar ”Yrkeshemlighet” som användes tidigare i *Lag med vissa bestämmelser om illojal konkurrens*, som ersattes av FHL. Se Ståhlros, L s 313-315 och NJA 1995 s 347

vilket benämningen antyder. Detta innebär att såväl privata företag som affärsdrivande offentlig verksamhet omfattas av lagen.⁸⁶

I AD 2000 nr 3 gjorde domstolen några förtydligande uttalanden kring vad som skall anses vara en företagshemlighet i lagens mening. Bland annat säger domstolen att det skall röra sig om information om affärs- eller driftsförhållanden i arbetsgivarens verksamhet, som hålls hemliga på grund av att ett avslöjande av dem är ägnat att skada verksamheten utifrån ett konkurrensperspektiv. Det avgörande är alltså att hemligheten skall kunna leda till skada ur konkurrenshänseende och att den rör specifika förhållanden inom verksamheten.

Den information som faller inom begreppet ”företagshemlighet” behöver inte ha dokumenterats på något särskilt vis. Det kan förvisso röra sig om information som dokumenterats i exempelvis en ritning, modell eller någon annan teknisk lösning, men detta är inte nödvändigt. Även enskilda arbetstagares kunskaper och vetskaper kring ett visst förhållande kan vara sådan information, utan att den dokumenterats.⁸⁷ Vilken sorts information det rör sig om och hur den förvaras bör dock kunna påverka hur den bedöms i olika situationer.

I lagens förarbeten framhålls det faktum att begreppet företagshemlighet skall anses ha en vid innebörd. Innebörden skall vara densamma som i allmänt språkbruk, alltså uppgifter, kunskaper och annat vetande.⁸⁸ Detta bör enligt min mening tyda på att det inte är informationens karaktär i sig som är avgörande utan snarare hur den hanteras och vilken betydelse den har i det enskilda fallet.

Utrymmet för vad som kan vara sådan information som kan utgöra en företagshemlighet är alltså stort. Begränsningarna kommer istället av övriga kriterier i bestämmelsen. Först och främst skall informationen härröra från näringsverksamhet i vidsträckt bemärkelse. Den skall även röra någon form av affärs- eller driftsförhållanden, vilket inte ytterligare preciserats.⁸⁹

Begreppet företagshemlighet omfattar inte heller sådana färdigheter eller kvaliteter som är knutna till en viss individ. Informationen skall vara sådan som kan användas av vem som helst med tillräckliga bakgrundskunskaper.⁹⁰ En sådan avgränsning är relevant utifrån avvägningen kring lagens skyddsintressen, då motsatt resonemang skulle sätta den enskilde arbetstagare i en prekär

⁸⁶ Fahlbeck, R s 224

⁸⁷ Prop 1987/88 s 12-13 och Tonell, M s 23

⁸⁸ Prop 1987/88:155 s 34

⁸⁹ Prop 1987/88:155 s 35

⁹⁰ Prop 1987/88:155 s 35

situation, då han begränsats i användandet av de egna färdigheterna. Resonemanget bör idag ha större betydelse, sett utifrån att individens egenskaper och färdigheter får allt större betydelse på arbetsmarknaden.

Arbetsgivaren skall även försöka hemlighålla informationen för att den skall kunna utgöra en företagshemlighet. Informationen får inte vara tillgänglig för var och en som kan ha intresse av den. I praktiken är det inte så att arbetsgivaren är den ende som besitter en viss information, kravet anses uppfyllt om arbetsgivaren klargjort att informationen skall förbli inom en viss bestämd krets.⁹¹ Arbetsgivaren skall aktivt arbeta för att hemlighålla informationen inom kretsen. Hur detta rent praktiskt går till saknar dock betydelse, så länge det framgår att detta varit arbetsgivarens avsikt.⁹²

Slutligen måste även skada eller risk för skada föreligga om hemligheten röjs. Med andra ord måste hemlighållandet av informationen ha ett visst värde för näringsidkaren. Om hemligheten avslöjas skall det finnas risk att arbetsgivaren lider skada av att hemligheten blir känd.⁹³ För att röjandet av en affärshemlighet skall leda till ansvar krävs att röjandet sker obehörigen. Detta framgår inte av definitionen av vad som anses utgöra en affärshemlighet, men väl av FHL 3-7§§. I praktiken innebär detta att exempelvis avslöjande om oegentligheter till en myndighet inte faller inom lagens skydd.⁹⁴ För bestämmandet av vad som anses vara en företagshemlighet i övrigt är det därmed inte av intresse huruvida avslöjandet sker obehörigen eller ej.

4.1.4 Arbetsrättsligt relevanta regler i FHL

Som ovan nämnt har FHL i sin helhet en till stor del arbetsrättslig prägel och det är också ofta i arbets- eller anställningsrelaterade situationer som lagstiftningen kommer ifråga. I FHL 7§ återfinns därför en specialreglering rörande arbetstagare som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet. Regeln är dispositiv och det är alltså möjligt att avtala om annat än vad som stadgas.⁹⁵ I det fall ett kollektivavtal reglerar vad som gäller för företagshemligheter är detta istället gällande.⁹⁶ Lydelsen av FHL 7§⁹⁷ är;

”En arbetstagare som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet

91 Prop 1987/88:155 s 35-36

92 SOU 2008: 63 s 68-69

93 Prop 1987/88:155 s 36

94 Se prop 1987/88:155 s 36 där detta förtydligas

95 Prop 1987/88:155 s 44

96 SOU 2008:63 s 194

97 I prop 1987/88:155 s 43 ff är FHL 7§ placerad som FHL 6§. Skillnaden i ordalydelsen är den att i propositionen används ordet ”vidtagits” istället för ”ägt rum” i sista meningen

hos arbetsgivaren som han har fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att han insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja den skall ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande.

Har förfarandet ägt rum sedan anställningen upphört, tillämpas första stycket endast om det finns synnerliga skäl.”⁹⁸

Ur bestämmelsen går att utläsa fem rekvisit som skall vara uppfyllda för att ansvar skall kunna utkrävas. Först och främst skall informationen i fråga röra en affärshemlighet. Arbetstagaren skall ha fått del av informationen genom sin anställning och dessutom insett eller bort ha insett att denne ej fick avslöja den. Om arbetstagaren sedan röjer eller utnyttjar informationen så att skada uppkommer för arbetsgivaren kan ansvar utkrävas, under förutsättning att handlingen begåtts med uppsåt eller av oaktsamhet. Vad som nu sagts gäller under pågående anställning. För att ansvar skall kunna utkrävas efter avslutad anställning krävs dock att synnerliga skäl föreligger.

Det ansvar som regleras i FHL 7§ är sådant som är hänförligt till med anställningen sammankopplade förpliktelser, alltså tystnadsplikt som uppkommer genom annan lag eller allmänna rättsgrundsatser. Så som allmänna rättsgrundsatser räknas den lojalitetsplikt som behandlats ovan. Detta skiljer FHL 7§ första och andra stycket åt. I andra stycket återfinns nämligen en legal grund för tystnadsplikt efter avslutad anställning, utan stöd i avtal.⁹⁹

FHL 7§ utgör, likt övriga bestämmelser om skadestånd i lagen, specialreglering som när detta är möjligt skall tillämpas framför *Skadeståndslag (1972:207)*. Detta innebär i sin tur ett undantag vad gäller den skadeståndsrättsliga huvudregeln att en arbetstagare endast kan göras ansvarig om synnerliga skäl föreligger. Detta är alltså inte fallet vad gäller röjande av företagshemligheter under pågående anställning, där synnerliga skäl inte är ett krav för ansvar.¹⁰⁰ Anledningen till detta är sannolikt att brott mot tystnadsplikt och sekretess i sig anses vara en så allvarlig handling att det inte därutöver skall krävas att synnerliga skäl föreligger. Dessutom begås brott mot FHL 7§ sällan ”i tjänsten” vilket annars är en förutsättning för att åtnjuta det starkare skyddet för arbetstagare.¹⁰¹

4.1.4.1 Synnerliga skäl efter avslutad anställning

I likhet med ansvar för arbetstagare i övrig lagstiftning krävs för ansvar för röjande av

⁹⁸ FHL 7§ i dess ordalydelse, författarens kursivering

⁹⁹ Fahlbeck, R s 305

¹⁰⁰ Prop 1987/88:155 s 43

¹⁰¹ Fahlbeck, R s 305

företagshemlighet efter avslutad anställning att synnerliga skäl föreligger. Det krävs alltså mer för att ansvar skall kunna utkrävas för röjande som vidtas efter avslutad anställning.¹⁰²

Synnerliga skäl föreligger enligt bestämmelsens mening då arbetstagaren på ett störande sätt missbrukat det förtroende gentemot arbetsgivaren som följer av anställningen. Definitionen av vilken information som skyddas är densamma som i lagen i övrigt. Det rör sig alltså om för verksamheten värdefull information, inte en arbetstagares individuella färdigheter. Detta medför att det står arbetstagaren fritt att använda sig av sina individuella färdigheter i en ny anställning direkt efter att den tidigare anställningen avslutats.¹⁰³

Vid bedömningen av om synnerliga skäl föreligger skall hänsyn tas till storleken på skadan som avslöjandet orsakar. Det måste vara fråga om en märkbar skada ur konkurrenshänseende.¹⁰⁴ Detta framgår av mål AD 2003 nr 61.^{105,106} I målet hade en arbetstagare gjort sig skyldig till fem fall av missbruk av företagshemligheter efter avslutad anställning, genom att nyttja kunduppgifter för att söka upp verksamhetens kunder. Detta ansågs av AD inte utgöra synnerliga skäl, på grund av att nyttjandet enligt domstolens mening skett i endast ringa omfattning. Enligt min mening måste denna bedömning grunda sig dels på företagets storlek och dels på betydelsen av varje enskild kund. Det kan med andra ord vara så att olika mycket krävs för att uppnå sådan ”märkbar skada” beroende på verksamhetens typ och storlek.

Det är vanligt förekommande att arbetstagare och arbetsgivare genom avtal om exempelvis sekretess och konkurrensförbud avtalar kring sådant som angränsar till FHL 7§.¹⁰⁷ Framförallt gäller detta för tiden efter anställningen, där skyddet för arbetsgivaren enligt FHL är uttunnat. Bestämmelsen i FHL 7§ är som sagt dispositiv och därmed möjlig att avtala bort. Därför kan ett avtal sätta FHL 7§ ur spel. Presumtionen är dock att FHL skall gälla, om inte annat uttryckligen avtalats. Istället kan i sådana fall ett brott mot en förpliktelse i avtalet vara en sådan omständighet som utgör ”synnerliga skäl” enligt FHL.¹⁰⁸ Det är därför viktigt att komma ihåg att eventuella avtal och FHL i många fall inte skall bedömas fränkopplade från varandra. Den ena kan tvärtom ha inverkan på den andra, framförallt vad gäller de situationer då ansvar enligt FHL blir tillämpligt mot

102 Fahlbeck, R s 305 och SkL 4:1

103 Prop 1987/88:155 s 46

104 Fahlbeck, R, s 315

105 Ej refererat

106 Se även mål AD 2003 nr 110

107 Detta behandlas i kap 5

108 Se Fahlbeck, R, s 315-316, som gör denna tolkning

bakgrund av brott mot en viss förpliktelse i avtal.

Kravet på synnerliga skäl uppstår efter anställningens upphörande. Var gränsen går för när anställningen skall anses avslutad framgår dock inte av förarbetena, såvitt avser någon bestämd tidpunkt. I normalfallet bör dagen för anställningens upphörande, alltså efter uppsägningstiden, gälla som utgångspunkt. Vissa omständigheter kan naturligtvis påverka den här bedömningen och till stor del får man finna ledning i LAS för vad som skall gälla i en viss specifik situation.¹⁰⁹

En intressant fråga som sammanhänger med tidpunkten för anställningens avslutande är huruvida ”synnerliga skäl” skall ha funnits vid den här tidpunkten, eller om senare inträffade förhållanden också kan vara ”synnerliga skäl”. Av förarbetena till FHL framgår att för att synnerliga skäl skall föreligga krävs att arbetstagaren förberett överförande av hemlig information, det vill säga att arbetstagaren i praktiken planerar obehörigt röjande eller nyttjande.¹¹⁰ Fahlbeck menar dock att det i många fall måste vara så att ”synnerliga skäl” föreligger trots att den ursprungliga intentionen att avslöja en företagshemlighet uppstår först efter avslutad anställning. En sådan situation kan uppstå om arbetstagaren efter avslutad anställning fortfarande är i besittning av en företagshemlighet och då bestämmer sig för att utnyttja den.¹¹¹ Tolkningen är enligt mig rimlig för att det skall vara möjligt att upprätthålla skyddet enligt FHL, då det ger upphov till en svår bevisproblematik att avgöra när intentionen att avslöja eller utnyttja en företagshemlighet uppstod.¹¹² I praktiken bör det även vara så att det inte längre är lika lätt att avgöra när en arbetstagare tillägnat sig företagshemligheterna på ett olovligt sätt. I praxis rör det sig om fall där arbetstagaren kopierat information ur ett register, eller mångfaldigat filer ur datorer. De situationer där arbetstagarens agerande är så uppenbart behöver inte uppstå i samma utsträckning i dagsläget.

4.1.4.2 Bedömningen av kundkontakter enligt FHL

I praxis har det utvecklats ett synsätt på kundkontakter som något som kan falla inom begreppet företagshemlighet.¹¹³ Under vilka omständigheter så är fallet är dock inte lika enkelt att avgöra. Nedan kommer jag behandla några avgöranden som är relevanta ur detta perspektiv.

Att kundkontakter kan utgöra företagshemligheter fastslogs i mål AD 1998 nr 80 där frågan gällde

¹⁰⁹ Fahlbeck, R, s 312

¹¹⁰ Prop 1987/88: 155 s 46, se även mål AD 1998 nr 80

¹¹¹ Fahlbeck, R s 316

¹¹² Detta går dock emot ordalydelsen i prop. 1987/88:155 s 46. Här skrivs nämligen att arbetstagaren skall ha tagit anställning i syfte att komma över sådan information, eller under anställningen förbereda överförande av hemlig information.

¹¹³ Se definitionen av företagshemlighet i prop 1987/88:155 s 12 f samt genomgången av praxis i detta avsnitt

dels huruvida arbetstagare under anställning gjort sig skyldiga till illojal konkurrens, dels om detta skett genom nyttjande av företagshemligheter. Arbetstagarna, som hade anställning på ett bemanningsföretag, beslöt sig för att på egen hand starta en liknande verksamhet. Kort därefter avslutade de sina anställningar hos arbetsgivaren. I samband med målet gjordes det gällande att arbetstagarna i sin nya verksamhet utnyttjat bland annat uppgifter om företagets kunder, kundorder och sammanställningar av information om bemanningspersonal ¹¹⁴

AD menade i målet att uppgifterna var av sådan karaktär att de omfattades av begreppet företagshemlighet enligt FHL, samt att uppgifterna utnyttjats av arbetstagarna. I vilken form uppgifterna förvarades saknade betydelse.¹¹⁵ AD utvecklar inte resonemanget kring varför det är uppenbart att uppgifterna i det här fallet ryms inom definitionen av en företagshemlighet, något som inte är självklart enligt lagens förarbeten. Man hänvisar istället till ett uttalande i förarbetena¹¹⁶ till skydd för uppgifter av kommersiellt betydelsefull karaktär. Liknande resonemang förs även i mål AD 2006 nr 49, där det också var fråga om en arbetstagare som nyttjat diverse uppgifter från arbetsgivarens verksamhet, bland annat uppgifter om kunder. I inget av målen var det dock fråga om endast kunduppgifter.¹¹⁷

Ett mål där frågan huruvida kundkontakter isolerat kan anses vara företagshemligheter prövades är AD 2010 nr 27¹¹⁸. Målet gällde en arbetstagare inom IT-branschen som efter avslutad anställning bedrivit konkurrerande verksamhet med den före detta arbetsgivaren. Den huvudsakliga frågan gällde giltigheten av en ickevärnings-klausul. Även huruvida arbetstagaren nyttjat den före detta arbetsgivarens företagshemligheter i samband med den konkurrerande verksamheten behandlas i målet. Den före detta arbetstagaren hade skickat ut uppgifter till kunder hos arbetsgivaren, i syfte att förmå dem att övergå till dennes konkurrerande verksamhet. Utöver detta hade arbetstagaren även skickat ut offerter, från vilka det framgick att denne måste ha använt sig av den utformning och de uppgifter som typiskt sett låg till grund för sådana handlingar hos arbetsgivaren. Det ansågs även visat att arbetstagaren hade utnyttjat kundförteckningar för att skicka ut förfrågningar till kunder hos arbetsgivaren, vilket alltså var att betrakta som nyttjande av företagshemligheter.¹¹⁹

114 Se även AD 2003 nr 21 i vilket mål AD påtalar att även information om kunder som inte direkt är att betrakta som ett kundregister kan vara att bedöma som en företagshemlighet

115 Se Prop 1987/88:155 s 20 där betydelsen av formen för en viss företagshemlighet diskuteras

116 Se Prop 1987/88:155 s 34-36

117 Se även AD 2010 nr 7. Målet rör dock inte nyttjande, utan röjande av företagshemlighet.

118 Målet behandlas även i samband med avsnitt 3.3.2, framförallt avseende den huvudsakliga frågan kring en ickevärnings-klausul

119 Jämför mål AD 2002 nr 38 där det inte ansågs visat att arbetstagaren använt sig av företagshemligheter

Vid en jämförelse med AD 1998 nr 80 skiljer sig AD:s resonemang i ett avseende. I AD 1998 nr 80 är domstolen relativt tydlig med att formen för hur uppgifterna inhämtats eller förvarats i princip saknar betydelse. I förevarande fall för domstolen däremot ett resonemang som bygger på att arbetstagaren måste haft tillgång till kundförteckningarna, som jag tolkar det, i fysisk form. Möjligen är detta inte avsett att vara ett ställningstagande i den bemärkelsen, men det är intressant såtillvida att AD 2010 nr 27 är ett av de senaste målen som avgjorts på området. Hur det kommersiella värdet av kundkontakter skall avgöras diskuteras inte i målet.

En intressant fråga som lyfts i AD 2010 nr 90 är huruvida det är tillräckligt att en arbetstagare gjort olika förberedelser för vad som kan antas syfta till röjande eller nyttjande av företagshemlighet. I målet hade en arbetstagare sammanställt olika dokument som i sin helhet kunde anses vara kundregister. Arbetstagaren hade även tillägnat sig andra uppgifter, bland annat om pris och villkor, samt även raderat dokument. Arbetsdomstolen konstaterade att arbetstagaren agerat uppenbart illojalt i förhållande till arbetsgivaren, men inte att denne nyttjat eller röjt uppgifterna. I målet var dock främst fråga om giltigheten av uppsägningen av arbetstagaren, varför det var tillräckligt för arbetsdomstolen att konstatera att arbetstagaren brustit i sin lojalitetsplikt.

Huruvida bortförande av kunduppgifter kan betraktas som förberedelse för brott mot FHL är oklart. Att det för brott mot FHL enligt ordalydelsen förutsätts ett utnyttjande av uppgifterna talar dock emot en sådan tolkning. Då uppgifterna endast bortförts men ej används av arbetstagaren bör denne inte anses ha utnyttjat uppgifterna i lagens mening.¹²⁰ Ett mål som vidrör detta är NJA 2001 s 362 där HD konstaterade att en anställd som kopierat en kundkatalog ej kunde dömas för företagsspioneri¹²¹. Detta berodde på att den anställde hade sådan tillgång till informationen att tilltaget inte kunde anses ha skett obehörigen. För att företagsspioneri skall föreligga krävs att en anställd bereder sig tillgång till information som är ägnad att hållas hemlig för denne. Genom FHL:s konstruktion som endast hindrar obehöriga angrepp ges alltså arbetstagare ett utsträckt skydd för de fall att de av arbetsgivaren getts tillgång till viss information.

4.2 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom FHL

Enligt FHL skyddas de uppgifter som är att betrakta som företagshemligheter. Företagshemligheter som en arbetstagare fått del av genom sin anställning skyddas så länge anställningen varar och därefter om synnerliga skäl föreligger.

¹²⁰ Jämför diskussionen kring detta i Fahlbeck, R s 317

¹²¹ Brottet stadgas i FHL 3§

4.2.1 Hur kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk bedöms

I praxis har fastslagits att kundkontakter kan vara att betrakta som företagshemligheter i FHL:S mening. Det finns dock ett krav på att kunduppgifterna skall ha ett kommersiellt värde. De skall alltså vara av någon dignitet, vilket på ett logiskt vis sammanhänger med att företagshemligheten skall ha ett skyddsvärde. I målen är detta dock inget som av AD diskuteras ingående, varför det finns liten ledning till att fastslå i vilka situationer kundkontakter åtnjuter skydd enligt FHL.

Sannolikt är nog fallet så att detta är beroende av bransch och hur sannolikheten ser ut för att komma i kontakt med kunderna utan att nyttja sin kännedom om specifika kundkontakter inom en viss verksamhet. I dagens samhälle får kunskapsföretagen allt större utrymme på arbetsmarknaden. Allt fler medarbetare får tillgång till uppgifter om kunder och arbetar också aktivt mot kunder. Kundkontakterna kan alltså sägas få allt större betydelse, samtidigt som de blir alltmer kända bland medarbetare inom en verksamhet.

Därför står AD i någon mån vid ett vägskäl när de i framtiden avgör vilka uppgifter som skall anses ha skyddsvärde så som företagshemligheter. I ett modernt samhälle där uppgifter om kunder och andra arbetsrelaterade relationer ges åtkomst genom arbetsrelaterade nätverk finns det anledning att ifrågasätta om samma uppgifter skall anses vara att betrakta som företagshemligheter i lagens mening. Detta kan bero på om arbetsgivaren redan från början klargjort för arbetstagarna att kundkontakterna skall omfattas av en tystnadsplikt eller liknande. I sådana fall vore det olämpligt att kontakta sådana kunder genom ett arbetsrelaterat nätverk, eftersom detta är något som står i strid med arbetsgivarens intressen. Har arbetsgivaren särskilt klargjort att en viss uppgift är av särskild vikt är detta något som talar för att ett användande skulle kunna falla inom FHL.

4.2.2 Användande av kundkontakter efter avslutad anställning

För att ansvar för röjande av företagshemlighet skall utkrävas efter avslutad anställning krävs att synnerliga skäl föreligger. Att kopiera eller medföra hela eller delar av kundregister för att sedan utnyttja eller röja dessa har bedömts utgöra synnerliga skäl. Detta sammanhänger med att det ansetts vara ett brott mot lojalitetsplikten att medföra sådana kontakter vid en anställnings upphörande. Min bedömning är att FHL kräver att uppgifterna röjs för att ansvar skall utkrävas.

Att endast medföra uppgifterna bör därför ej vara tillräckligt för brott mot FHL 7§ då detta i sig inte medför att uppgifterna röjs eller utnyttjas. Här föreligger alltså sannolikt en skillnad gentemot vad som följer av lojalitetsplikten. Oavsett detta ställer jag mig som sagt tveksam till om uppgifter om

kontakter i ett arbetsrelaterat nätverk är att bedöma som medförda i den bemärkelsen. Saken får dock begränsad betydelse eftersom agerandet i sådana fall skulle fångas upp redan som brott mot lojalitetsplikten som följer av anställningsförhållandet.

Om så är fallet eller ej är dock av intresse för avgörande av huruvida brott mot FHL föreligger då sådana uppgifter röjs eller utnyttjas av arbetstagaren. Har arbetstagaren med arbetsgivarens godkännande använt sig av ett arbetsrelaterat nätverk för att bibehålla och skapa nya kontakter för användande inom anställningens ramar anser jag att det vore märkligt om arbetstagaren var tvungen att radera dessa kontakter vid anställningens upphörande. Detta skulle innebära att kontakterna ansågs röjda om det fortfarande fanns i arbetstagarens kontaktnät vid avslutad anställning och därigenom förutsätta ett aktivt preventivt handlande från arbetstagarens sida.

Huruvida arbetstagaren sedan kan utnyttja kontakterna är en annan fråga. Här är det istället avgörande huruvida kontakter inom arbetsrelaterade nätverk fortfarande är att betrakta som affärshemligheter. Vilken form en affärshemlighet har saknar som sagt betydelse, vilket innebär att det på den grunden inte går att utesluta att kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk kan ha karaktären av affärshemlighet. Här bör precis som annars hänsyn tas till karaktären av informationen i fråga, snarare än på vilket sätt informationen tillhandahållits. Vad som kan tala emot att betrakta sådan information som affärshemlighet är arbetsgivarens skyldighet att i någon mån aktivt värna om hemligheten. Det är tveksamt om denna skyldighet, även om den inte är vidsträckt, uppfyllts i de fall arbetstagare getts tillåtelse att använda arbetsrelaterade nätverk i relationen med verksamhetens kunder.

Det bör även nämnas att kravet på en ursprunglig intention att röja en företagshemlighet kan ställa till särskilda problem vad gäller kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk. Det måste vara väldigt svårt för en arbetsgivare att påvisa att kontakterna förts in i ett sådant nätverk för att nyttjas eller röjas efter avslutad anställning, för de fall nätverket använts som ett verktyg i arbetet. Detta är en påtaglig skillnad gentemot typfallet i praxis, där en arbetstagare kopierat kundregister och liknande.

4.2.3 Möjligheten för kund att söka upp arbetstagare genom nätverk

Som ovan behandlats förutsätts alltså ett visst aktivt handlande för att en arbetstagare skall anses ha nyttjat en viss information med karaktären av en företagshemlighet. Kring detta kan en viss problematik uppstå då arbetsrelaterade nätverk i avsevärd utsträckning underlättar inte bara för arbetstagaren att söka kontakt med den före detta arbetsgivarens kunder, utan även det omvända.

Genom nätverken har kunder möjlighet att följa och notera om en viss arbetstagare bytt anställning eller startat en egen verksamhet. Därigenom kan kunden, om det rör sig om en arbetstagare denne är särskilt fäst vid eller känner särskilt stort förtroende för, följa efter arbetstagaren utan att denne ger sig till känna annat än genom informationen som finns tillgänglig inom nätverket.

I praxis har situationen varit den att den före detta arbetstagaren nyttjat arbetsgivarens kundkontakter för att söka upp dessa och förmå dem att följa med till arbetstagarens nya verksamhet. Det går att utläsa att ett faktiskt aktivt handlande krävs från arbetstagarens sida för att sådant nyttjande skall vara för handen. Hur den motsatta situationen skall bedömas har dock inte avgjorts. Enligt min mening finns det inte utrymme för AD att inom FHL:s ramar utvidga ansvaret för arbetstagaren till att omfatta även en skyldighet att förhålla sig passiv till erbjudanden från kunder hos den före detta arbetsgivaren. Även utan att en viss kund och en arbetstagare är kontakter i ett arbetsrelaterat nätverk kan denna situation uppstå, men nätverken underlättar för de båda att ha fortsatt kännedom om varandras situation på arbetsmarknaden.

4.2.4 Prognos

Min bedömning är att FHL erbjuder ett relativt svagt skydd för arbetsgivaren då arbetstagare använder sig av arbetsrelaterade nätverk. Lagstiftningen är uppenbarligen inte utformad för att fånga upp den här sortens situationer. Då FHL utformades var det framför allt med avseende på branscher där särskilda tekniska lösningar fordrade ett utvidgat skydd. I dagens samhälle där kunskaps- och informationsföretag får allt större betydelse är det inte lika självklart att FHL erbjuder ett för arbetsgivaren fullgott skydd.

Förvisso kan kundförteckningar utgöra en sådan hemlighet som omfattas av lagen, men enligt min mening tyder mycket på att kravet på ett aktivt röjande eller nyttjande gör bestämmelserna till stor del verkningslösa. Om användande av arbetsrelaterade nätverk tillåts på arbetsplatsen kan sådant användande inte samtidigt anses vara ett röjande av företagshemlighet, vare sig under eller efter avslutad anställning. Arbetsgivaren kan i ett sådant läge inte ha visat på vikten av att informationen hålls hemlig. Dessutom är sådana kontakter inom en viss arbetstagares nätverk sannolikt sällan av den karaktären att de går att jämföra med ett kundregister, eller en del av ett sådant.

En arbetstagare behöver heller inte på ett aktivt sätt utnyttja informationen i ett arbetsrelaterat nätverk, istället kan situationen bli den omvända, alltså att informationen i nätverket används av kunder som vill söka upp en viss arbetstagare. Om detta ändå skulle bedömas vara ett agerande

från arbetstagarens sida som inneburit eller är att jämställa med ett aktivt agerande uppstår istället en problematik kring att påvisa att ej obetydlig skada åsamkats arbetsgivaren. Om arbetstagaren söks upp av en kund som menar att den inte varit nöjd med arbetsgivarens verksamhet men däremot med arbetstagaren som sådan och därför sökt sig till denne är det svårt att påvisa att arbetstagaren genom nyttjande av företagshemlighet åsamkat arbetsgivaren skada.

5 Kontraktuella förpliktelser efter avslutad anställning

I denna del av uppsatsen behandlas kontraktuella förpliktelser som sträcker sig efter avslutad anställning. Det rör sig alltså om ett för arbetsgivaren utökat skydd som denne kan avtala om före, under eller efter avslutad anställning, i syfte att utsträcka skyddet längre än vad som gäller enligt lojalitetsplikten och FHL.¹²² Detta kommer att studeras utifrån hur sådana klausuler möjliggör för arbetsgivare att skydda kundkontakter inom verksamheten.

Att det finns ett behov av den här sortens avtalskonstruktioner blev uppenbart då AD i mål 1998 nr 101¹²³ fastslog att det inte föreligger någon utsträckt lojalitetsplikt efter avslutad anställning såvida inte detta avtalats. Det tycks heller inte vara möjligt att hävda att konkurrensbegränsningar för tiden efter avslutad anställning följer underförstått av anställningsavtalet. Detta måste framgå uttryckligen.¹²⁴ Funktionen med konkurrensklausuler och liknande avtal är alltså att förlänga ansvaret för sådant som tidigare omfattats av lojalitetsplikten inom anställningsavtalet.¹²⁵ I vissa fall kan funktionen av avtal om konkurrensbegränsningar efter avslutad anställning tjäna mer som en påminnelse, framförallt vad gäller ageranden som omfattas av FHL.¹²⁶

En konkurrensklausul kan typiskt sett definieras som en avtalsklausul som inskränker arbetstagares möjligheter att arbeta inom samma bransch efter avslutad anställning.¹²⁷ Detta innebär att konkurrensklausuler alltså inte endast åsyftar sådana klausuler som under en viss tid hindrar en före detta arbetstagare att söka anställning hos en ny arbetsgivare, utan även situationer då detta i någon mån blir den indirekta konsekvensen. Annorlunda uttryckt är konkurrensklausuler enligt mig sådana klausuler som påverkar eller begränsar arbetstagarens situation på arbetsmarknaden i någon mån. Den typ av klausul som sannolikt är mest frekvent förekommande är konkurrensklausuler av

122 Fahlbeck, R s 121-122

123 Se även Glavå, M s 596

124 Svensäter, s 196

125 Glavå, M s 596

126 Jmf hur lojalitetsplikt i många fall kodifieras i anställningsavtal, Munukka, J s 217

127 Se bla. Munukka, J s 151-153, Glavå, M s 597

innebörden att arbetsgivaren förbinder sig att inte söka anställning i en konkurrerande bransch viss tid efter avslutad anställning. Även så kallade ickevärvnings-klausuler har fått en större betydelse under senare år.¹²⁸

Något stadgande i lag som reglerar utformningen av konkurrensklausuler, utöver de begränsningar som framgår av AvtL 38§, finns inte i svensk rätt idag. I början av 2000-talet utreddes behovet av ett lagstadgande som förtydligade rättsläget avseende konkurrensklausuler, men utredningen ledde i slutändan inte till någon lagstiftning.¹²⁹

Det finns dock en tendens att användandet av konkurrensklausuler ökar, vilket bland annat behandlas i DS 2002: 56.¹³⁰ Varför användandet av konkurrensklausuler ökat är svårt att avgöra, men sannolikt kan det bero dagens arbetsmarknad i allt högre utsträckning är inriktad på kunskapsbaserade företag. Allt fler arbetstagare får därigenom allt större tillgång till uppgifter som kan vara känsliga för arbetsgivaren, i form av dyrbara kundrelationer, samtidigt som gränserna för vad som egentligen gäller är oklara. Arbetstagarna och deras kunskap är som det uttryckts i många fall företagets enda eller viktigaste tillgång, vilket leder till att dessa begränsas genom konkurrensklausuler.¹³¹

Det förekommer åsikter som menar att det ökande användandet är ett tecken på att det finns ett behov av reglering av konkurrensklausuler. En mer frekvent prövning av klausulernas skälighet kan också vara en möjlig lösning. Sannolikt är det så att klausulerna används i högre utsträckning än som är tillåtet.¹³² Användandet är i många fall motiverat, särskilt med avseende på kunskapsföretag,¹³³ men måste begränsas till de situationer där det är förenligt med principerna för sådana klausuler.¹³⁴

5.1 Allmänt om konkurrensklausuler som hindrar anställning inom samma bransch

I detta avsnitt behandlas frågan kring hur en konkurrensklausul som hindrar anställning inom

128 Munukka, J s 152 och Källström och Malmberg 2009 s 262

129 Utredningen går under namnet DS 2002: 56

130 DS 2002: 56 s 426 f. Se även Davidsson, M, Lag&avtal 2009:3 och Örnerborg, E, Lag&avtal 2002:3

131 DS 2002: 56 s 309, Viklund, L, Lag&avtal 1999:7 och Fahlbeck, R, Juridisk tidskrift 1997-98:4

132 Fahlbeck, R s 160 samt Davidsson, M, Lag&avtal 2009:3

133 Zethraeus, S, ur Festskrift till Hans Stark, S 410

134 Catharina Klåvus menar dock i Davidsson, M, Lag&avtal 2009:3 att detta snarare beror på att konkurrensklausuler används i situationer då FHL är fullt tillräckligt

samma bransch får utformas i olika situationer, samt hur skäligheten av sådana klausuler bedöms. Jag kommer även att behandla bedömningen i praxis av konkurrensklausuler som syftar till att begränsa arbetstagarens möjligheter att använda sig av kundkontakter.

Det är i praktiken en vanlig situation att en arbetstagare ingår ett avtal med sin arbetsgivare enligt vilket arbetstagaren inte får bedriva gentemot arbetsgivaren konkurrerande verksamhet, eller ta anställning hos annan som bedriver sådan konkurrerande verksamhet. Följden av en sådan konkurrensklausul är att arbetstagarens lojalitetsplikt på ett eller annat vis utsträcks till att gälla även efter avslutad anställning.¹³⁵

Klausulerna kan variera i utformning. Exempelvis är det vanligt med variationer i klausulens utsträckning i tid, beroende på hur länge arbetsgivaren bedömer att det finns ett skyddsvärde. Utöver att avtalet är tidsmässigt begränsat kan det även vara geografiskt begränsat. Detta kan innebära att den före detta arbetstagaren förvisso får söka anställning inom samma bransch, men inte inom ett visst område eller ett visst avstånd i förhållande till arbetsgivarens verksamhet.¹³⁶ Typiskt sett är klausulerna utformade med vitesbestämmelser, som reglerar hur och vad som skall ersättas av arbetstagaren vid brott mot avtalet.¹³⁷

5.1.1 Hur konkurrensklausuler får utformas

Vad gäller konkurrensklausuler finns det inga tvingande bestämmelser angående hur dessa får utformas. Det står därför arbetsgivare och arbetstagare i princip fritt att ingå konkurrensbegränsande avtal med sikte på tiden efter avslutat anställningsförhållande.¹³⁸ I AvtL 38§ finns dock en särskild bestämmelse enligt vilken skäligheten av konkurrensklausuler kan prövas.

Vid bedömningen av en konkurrensklausuls skälighet fäster AD stor vikt vid de principer gällande konkurrensklausuler som framkommer i kollektivavtalet mellan SAF(idag Svenskt näringsliv), Sif, SALF(idag Ledarna) och CF(idag Sveriges Ingenjörer) från år 1969. Här behandlas till stor del under vilka förhållanden ett konkurrensbegränsande avtal skall ha giltighet.¹³⁹ Ursprungligen hade avtalet endast bäring på dessa parter, men har kommit att tjäna till ledning för att avgöra hur konkurrensklausuler får utformas på arbetsmarknaden i stort.

¹³⁵ DS 2002: 56 s 330

¹³⁶ Munukka, J s 153 och DS 2002: 56 s 330

¹³⁷ DS 2002: 56 s 330

¹³⁸ DS 2002: 56 s 330

¹³⁹ Fahlbeck, R s 138 och DS: 56 s 330 och 334

De omständigheter som behandlas i avtalet är i vilka fall avtalsparter får ingå avtal med konkurrensklausuler, men även med vilka arbetstagare arbetsgivaren får ingå sådana avtal. Avtal får nämligen enligt överenskommelsen bara komma till stånd med sådana arbetstagare som får kännedom om tillverkningsmöjligheter eller andra jämförbara kunskaper.¹⁴⁰ Vidare redogörs även för vilket innehåll som anses lämpligt i en konkurrensklausul. Detta är till stor del beroende av hur arbetsgivarens och arbetstagarens situation ser ut och i vilken bransch de verkar, men några allmänna riktlinjer följer nedan.

5.1.1.1 Riktlinjer ur 1969 års avtal

Inom användningsområdet för 1969 års överenskommelse ligger sådana konkurrensklausuler vars syfte är att skydda tillverkningshemligheter eller företagsspecifikt kunnande, som om de avslöjas medför men för arbetsgivaren. I praktiken innebär detta specifika kunskaper om vissa processer eller tillvägagångssätt på en viss arbetsplats, men däremot inte mer allmänt kunnande inom en viss bransch.¹⁴¹

Vad gäller längden på en konkurrensklausul skall denna inte vara längre än vad som är nödvändigt för att skydda det intresse arbetsgivaren värnar om. Den längsta tid som anses rimlig är 24 månader, alternativt 12 månader, om det inte är nödvändigt med en längre tid än så.¹⁴² Med tanke på att detta avtal har sina dryga 40 år på nacken kan man ifrågasätta om en klausul med så pass lång giltighet som regel kan anses motiverad idag, vilket också skett.¹⁴³ Det förekommer dock att längre tid än så accepteras för avtal utanför överenskommelsens direkta tillämpningsområde.¹⁴⁴

Skadestånd i form av vite för brott mot en konkurrensklausul skall stå i proportion till arbetstagarens lön hos arbetsgivaren. Det anses enligt avtalet att sex genomsnittliga månadslöner bör vara tillräckligt för att konkurrensförbudet skall upprätthållas i de flesta fall.¹⁴⁵ En sådan konstruktion anses lämplig då den dels ger arbetsgivaren nödvändigt skydd, men å andra sidan inte är omotiverat ingripande mot en arbetstagare som bryter mot avtalet, vilket generellt är ett uttryck för den centrala avvägningen vid avgörande av konkurrensklausulers giltighet..

Då ett avtal med konkurrensklausul ingås skall arbetsgivaren åta sig att stå för den ekonomiska förlust som drabbar arbetstagaren i och med att denne hindras att använda sitt kunnande hos en

¹⁴⁰ DS 2002:56 s 331-332

¹⁴¹ DS 2002:56 s 334-335

¹⁴² DS 2002:56 s 332

¹⁴³ DS 2002:56 s 427

¹⁴⁴ Se mål AD 1993 nr 128 där en klausul med fem års bindningstid accepterades

¹⁴⁵ DS 2002:56 s 332

arbetsgivare i branschen och därmed möter hinder att hitta en ny likvärdig anställning. En konkurrensklausul kan inte göras gällande i de fall uppsägning skett från arbetsgivarens sida. Ett betydelsefullt undantag från denna huvudregel är de situationer då ett avtalsbrott från arbetstagarens sida föranleder uppsägningen.¹⁴⁶

Hur dessa kriterier bedömts inom ramen för 1969 års avtal är svårt att uttala sig om. Vid tvister som faller inom ramen för 1969 års överenskommelse tillämpas nämligen ett särskilt förfarande med en skiljenämnd som slutligt avgör tvister. Denna praxis är inte offentlig.¹⁴⁷

5.1.1.2 Bunden respektive obunden av 1969 års överenskommelse

Då parter som är bundna av 1969 års överenskommelse ingår avtal som håller sig inom överenskommelsens ramar är dessa klausuler godtagbara. Detsamma bör även gälla då avtal ingås mellan parter varav någon eller båda inte är bundna av överenskommelsen, men där avtalets innehåll och ändamål stämmer överens med överenskommelsen.¹⁴⁸

Arbetsgivare som omfattas av 1969 års överenskommelse kan dock inte ingå avtal i strid med överenskommelsen. Sådana avtal får inte rättslig verkan gentemot arbetstagaren de slutits med.¹⁴⁹ Detta innebär att sådana avtal med bindande verkan uteslutande kan ingås av arbetsgivare som inte omfattas av överenskommelsen.¹⁵⁰

Vad gäller avtal som till innehåll och ändamål ligger utanför 1969 års överenskommelse blir bedömningen annorlunda. Som inledningsvis nämnts kan giltiga avtal ingås mellan arbetstagare och arbetsgivare i den mån de håller sig inom överenskommelsens ramar. Konkurrensklausulerna anses i sådana fall skäliga enligt AvtL 38§.¹⁵¹ Denna bedömning kommer att redogöras för nedan.

5.1.1.3 Särskilt om betydelsen av vite

Det är vanligt att vite avtalas i anslutning till en konkurrensklausul. Betydelsen av en vitesbestämmelse kan vara stor då det i många fall är svårt för arbetsgivare att påvisa vilken skada denne lidit av den före detta arbetstagarens agerande. En vitesbestämmelse kan även ha preventiv verkan, på så vis att en arbetstagare avskräcks av förekomsten av en vitesklausul.¹⁵²

146 DS 2002:56 s 332

147 Fahlbeck, R s 139

148 Fahlbeck, R s 136-137

149 Detta framgår bland annat av mål AD 1991: 38. Se även Fahlbeck, R s 137

150 Fahlbeck, R s 137

151 DS 2002: 56 s 336

152 SOU 2008: 63 s 199

En vitesklausul kan dock även ge upphov till tolkningssvårigheter vad gäller huruvida en vitesbestämmelse också begränsar arbetsgivarens rätt till ersättning. Detta innebär i sådana fall att arbetsgivaren inte utöver vitesbeloppet kan utkräva skadestånd trots att denne kan påvisa att skadan är större än vad som täcks av vitesbeloppet. Det har anförts att detta bör vara en fråga om avtalstolkning och partsvilja.¹⁵³ Det är en rimlig slutsats, men en arbetsgivare bör ändå vara försiktig vid utformningen av en konkurrensklausul med tillhörande vitesklausul. Risken är överhängande att en oklarhet tolkas till arbetsgivarens nackdel, då denne vanligtvis utformat avtalet ensidigt.

Betydelsen av vitesklausuler kommer även att behandlas nedan, i samband med mål rörande ickeväravnings-klausuler där detta varit avgörande.

5.1.2 Bedömningen av konkurrensklausuler utanför 1969 års överenskommelse

En konkurrensklausuls giltighet bedöms primärt utifrån AvtL 38§, med följande lydelse;

”Har någon för att förebygga konkurrens betingat sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag eller icke taga anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet, är den som gjort utfästelsen icke bunden därav i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.”¹⁵⁴

Bestämmelsen är en tvingande regel som ger uttryck för att den som ingått ett avtal innehållandes en konkurrensklausul inte är bunden av avtalet i större utsträckning än det kan anses skäligt.¹⁵⁵ Avsikten vid bestämmelsens tillkomst var att öka möjligheterna att jämka oskäligen konkurrensklausuler jämfört med tidigare. AvtL 38§ fungerar parallellt med generalstadgandet om oskäligen avtalsvillkor i AvtL 36§. Skäligheten av klausulen som sådan prövas enligt AvtL 38§. Vid skälighetsbedömningen avgörs primärt huruvida det intresse arbetsgivaren har av att skydda en viss information överstiger intresset för arbetstagarens av att fritt disponera sin arbetskraft.¹⁵⁶ Om klausulen som sådan bedöms vara skälig kan det ändå finnas anledning att bedöma en tillhörande vitesklausul. En sådan bedömning görs enligt AvtL 36§.¹⁵⁷ För de fall att avtalet även omfattar tystnadsplikt, vilket i praktiken bör vara vanligt förekommande, bedöms även denna enligt AvtL

¹⁵³ DS 2002: 56 s 340

¹⁵⁴ AvtL 38§ i dess lydelse, författarens kursivering

¹⁵⁵ Prop 1975/76:81 s 148-149 samt Glavå, M s 596

¹⁵⁶ DS 2002: 56 s 330

¹⁵⁷ Iseskog, T s 74

36§.¹⁵⁸ I sak är bedömningen densamma enligt AvtL 36 och 38§§. Anledningen till att 38§ skall tillämpas på konkurrensklausuler är för att den utgör en förtydligande specialbestämmelse.¹⁵⁹

Vad gäller förhållandet mellan 1969 års överenskommelse och AvtL 38§ var situationen till en början den att principer som kommer till uttryck i överenskommelsen ursprungligen endast hade bäring på parter till avtalet¹⁶⁰. Avtalet var med andra ord ett så kallat exklusivt avtal, vilket innebar att det inte skulle tillmätas betydelse om en part avtalar med någon som står utanför avtalet.¹⁶¹

Numer tillämpas dock dessa principer generellt vad gäller konkurrensklausuler i samband med anställningsavtal. Saken kan uttryckas så att principerna fått normerande verkan.¹⁶² Att göra skälighetsbedömningar mot bakgrund av 1969 års avtal anges också vara ett övergripande syfte med AvtL 38§.¹⁶³ Detta gäller dock endast för sådana konkurrensklausuler som har samband med ett anställningsavtal, däremot inte sådana som endast är av affärsmässig karaktär.¹⁶⁴

Som utgångspunkt är klausuler som ligger utanför överenskommelsens användningsområde ej bindande. Detta gäller dock inte undantagslöst. En viss klausul kan bedömas som skälig i en viss bransch, under vissa omständigheter beroende på om arbetsgivaren anses ha ett betydande eller berättigat skyddsintresse.¹⁶⁵ Framförallt blir detta aktuellt i så kallade kunskapsföretag, det vill säga revisionsbyråer, konsultfirmor och liknande.¹⁶⁶ En bedömning skall alltså göras i varje enskilt fall, men principerna i avtalet anses till stor del ha generellt genomslag.¹⁶⁷

Nedan skall omständigheter av särskilt betydelse för att avgöra skäligheten av konkurrensklausuler till skydd för kundkontakter behandlas. Även övriga omständigheter behandlas översiktligt.

5.1.2.1 Syftet att skydda kundkontakter

Enligt ordalydelsen är det naturligtvis svårt att passa in kundkontakter eller kundregister i kategorin tillverkningshemligheter. Möjligen kan man resonera för att kundkontakter i någon mån kan anses

158 Fahlbeck, R s 123

159 Prop 1975/76:81 s 148 och Fahlbeck, R s 138

160 Se MBL 26-27§§ angående hur kollektivavtal blir bindande för dess parter

161 Jmf DS 2002:56 s 331 ff

162 Se syftet i prop 1975/76: 81 s 149 samt bland annat Glavå, M s 597 och Tonell, M s 163

163 Prop 1975/76:81 s 148

164 Prop 1975/76: 81 s 149. I mål AD 1984 nr 68 gjordes ingen sådan jämförelse på grund av att avtalet ansågs vara av affärsmässig karaktär

165 DS 2002:56 s 336 samt AD 1984 nr 20, AD 1985 nr 138, AD 1991 nr 38, AD 1992 nr 99 och AD 1994 nr 65

166 DS 2002:56 s 336-337

167 DS 2002:56 s 334. Se även Fahlbeck, R s 137 angående förhållandet mellan, till 1969 års överenskommelse, anslutna respektive icke anslutna arbetsgivare och arbetstagare

utgöra företagsspecifikt kunnande i vissa fall, men sannolikt är det så att 1969 års bestämmelse inte är tänkt att berättiga konkurrensklausuler som motiveras utifrån sådana aspekter. Frågan har dock inte ställts på sin spets¹⁶⁸, eftersom det ändå finns utrymme för AD att acceptera sådana klausuler som anses ha ett betydande eller berättigat syfte för arbetsgivaren. Detta innebär i praktiken att man kan göra en mer extensiv tolkning än vad som ursprungligen avsågs i 1969 års överenskommelse.¹⁶⁹

Så har också skett i ett antal mål som avgjorts av AD, där utgången tycks vara den att skydd av kundkontakter kan accepteras som ett godtagbart syfte för konkurrensklausuler. Huruvida syftet som sådant är acceptabelt beror framförallt på förhållandena i branschen.¹⁷⁰ Klausulerna får inte heller i praktiken syfta till att låsa en viss arbetstagare vid sin anställning. AD bedömer alltså vad som är klausulens egentliga syfte, skydd för kundkontakter eller kvarhållande av arbetstagaren.¹⁷¹

I mål AD 1993 nr 40 gällde konkurrensklausulen handel med en viss marknad och var inte avgränsad till vissa specifika kunder. Arbetstagaren hade såväl under som efter avslutad anställning bedrivit konkurrerande verksamhet gentemot kunder på i klausulen avsedd marknad. AD ansåg att arbetsgivarens syfte att motverka konkurrens om kunder var berättigat, beroende på att klausulen var begränsad till en viss marknad. Målet rörde dock inte ett anställningsavtal utan ett avgångsavtal, men resonemanget är liknande de som förs i mål gällande anställningsavtal.

Enligt min mening kan man ifrågasätta utgången i målet mot bakgrund av att klausulen var mer långtgående än vad som krävdes. Sådana klausuler skall jämkas. I det här målet bör det ha varit tillräckligt med en klausul som förbjuder arbetstagaren att ta kontakt med de specifika kunderna i fråga.¹⁷² Ett mål där AD underkände en konkurrensklausul med syfte att skydda arbetsgivarens kundkrets är mål AD 1992 nr 99. I målet ansågs klausulen vara för långtgående i förhållande till dess syfte, med tanke på anställningens art och arbetstagarens ställning.

I mål AD 1999 nr 71¹⁷³ ogillades en konkurrensklausul med syfte att skydda företagets kundkontakter. Klausulen syftade till att skydda företagets kunder, men de kundregister i vilka information om kunder och potentiella kunder förvarades ansågs vara av alltför allmän karaktär. AD

168 DS 2002: 56 s 335

169 Jmf diskussion i DS 2002:56 s 335 ff

170 Se mål AD 2002 nr 115 och mål AD 2010 nr 53. Målen rör ickevärnns-klausuler och kommer därför att behandlas mer ingående nedan

171 Se utöver ovan nämnda mål även AD 1991 nr 38. Se även Tonell, M s 164

172 Se DS 2002: 56 s 338 angående för långtgående klausuler

173 Ej refererarat

påpekade även att förhållandena i branschen, försäljning av kontorsmaterieell, var sådana att kunder inte sällan bytte företag vid anlitande av tjänster. Klausulen ansågs därför inte uppnå kravet på särskilt intresse för arbetsgivaren och ogillades. Målet ger uttryck för att det inte är självklart att klausuler av det här slaget skall accepteras utifrån motivet att skydda sig mot konkurrens om kunder. Det beror alltså som ovan påpekats dels av förhållandena i branschen, men även på kundkontakternas karaktär.

5.1.2.2 Syftet att skydda personliga egenskaper eller låsa en arbetstagare

En konkurrensklausul får inte syfta till att skydda en enskild arbetstagares personliga egenskaper eller visst individuellt kunnande. Detta för att en sådan klausul i praktiken syftar till att behålla en viss arbetstagare, snarare än att skydda ett företagsspecifikt kunnande. Ett sådant syfte är alltså inte tillåtet.^{174,175} Detta fastslogs i AD 1984 nr 20 där domstolen menade att sådana personliga egenskaper inte var förenliga med den gängse definitionen av begreppet företagshemlighet. Klausulen i målet ansågs snarare skydda arbetstagarens erfarenhet och kunnande än någon viss företagshemlighet. Domstolen påpekar dock att man inte specifikt tar sikte på den situation att en arbetstagare har fått kännedom om kundkontakter inom en viss verksamhet.

I AD 1991 nr 38¹⁷⁶ bekräftade domstolen ovan nämnda ståndpunkt. Man uttryckte saken så att en konkurrensklausul inte enbart kan ha som syfte att att låsa en arbetstagare vid dennes anställning. Hur detta skall tolkas är dock inte klarlagt. Enligt min mening måste det vara så att det krävs en reell företagshemlighet för att uppnå syftet med en konkurrensklausul. Om klausulen i praktiken syftar till att låsa en arbetstagare bör det inte vara skäligt oavsett om arbetsgivaren motiverat klausulen på något annat sätt.

Slutligen har AD i mål AD 1993 nr 40 fastslagit att en konkurrensklausul i ett avgångsavtal inte får ha som syfte att låsa en arbetstagare vid anställningen. Enligt min mening är detta dock inte alldeles säkert. Om vid ett avgångsavtal arbetsgivaren vill föra in en konkurrensklausul bör detta kunna innebära att arbetstagaren känner sig tvungen att stanna vid anställningen. Det beror på omständigheterna och avtalets utformning i övrigt.

174I DS 2002:56 s 335 uttrycks detta genom formuleringen ”(n)ormalt godtas således inte som giltigt skäl för införande av en konkurrensklausul i ett anställningsavtal att den skall hindra nyckelmedarbetare att lämna anställningsförhållandet”

175 DS 2002:56 s 335

176 Se även AD 1992 nr 9 och AD 2002 nr 115

5.1.2.3 Arbetstagarens ställning

Vid bedömningen av en konkurrensklausuls skälighet fäster AD vikt vid vilken position och ställning den anställda har i företaget. Huvudregeln är att en arbetsgivare kan ställa större krav på lojalitet gentemot en arbetstagare med hög ställning eller annars med särskild förtroendeställning inom en verksamhet.¹⁷⁷ Det är oklart om denna skyldighet har sin grund i lojalitetsplikten under pågående anställning och därför inte borde gälla för avgångsavtal, eller om det snarare är fråga om en i någon mån utsträckt lojalitetsplikt för tiden efter avslutad anställning.

I AD mål 1977 nr 167 fick arbetstagarens ställning betydelse vid bedömningen av en konkurrensklausuls skälighet. Klausulen innebar att arbetstagaren inte inom två år fick ta anställning i konkurrerande verksamhet, i det här fallet konsultverksamhet, inom samma distrikt som arbetsgivaren. AD menade att konkurrensklausulen inte kunde sägas ha kommit till för att skydda ett företagsspecifikt kunnande. Man ansåg dock att arbetsgivaren hade ett berättigat intresse av klausulen, med tanke på arbetstagarens ställning som filialchef. AD menade att det fanns en uppenbar risk att kunderna skulle lämna arbetsgivarens verksamhet och istället söka sig till arbetstagaren om denne tog anställning hos en konkurrent. Detta med anledning av den ställning arbetstagaren haft i verksamheten vilken innebar att kundernas förtroende var knutet till arbetstagaren snarare än produkten.

Jag anser att gränsdragningen gentemot att skydda en särskild arbetstagares personliga egenskaper i målet är uttunnad. Det måste trots allt förhålla sig så att det är arbetstagarens agerande som skapat förtroendet gentemot kunderna. Är det i sådana fall fråga om arbetstagarens personliga egenskaper är detta inte något som motiverar en konkurrensklausul. Möjligen är situationen en annan idag, då praxis tydligt uttryckt just den ståndpunkten.^{178,179} I mål AD 2001 nr 91 och 2002 nr 115 har domstolen även uttryckt att klausuler som avser att binda en nyckelperson vid anställningen normalt inte godtas.

Ett mål där arbetstagarens ställning inte ansågs vara sådan att en konkurrensklausul var berättigad är mål AD 1986 nr 138. Detta berodde på att arbetstagaren hade en lägre ställning i företaget och dessutom inte fått kännedom om några särskilda företagshemligheter. Därav förelåg inte något berättigat syfte för konkurrensklausulen.

¹⁷⁷ DS 2002: 56 s 339

¹⁷⁸ Se AD 1991 nr 38, särskilt uttalandet om att rättsläget i vart fall idag är sådant att klausuler som endast syftar till att binda en arbetstagare inte accepteras

¹⁷⁹ Se dock Fahlbeck, R, s 141 som gör en annan tolkning och menar att rättsläget bör vara detsamma idag

5.1.2.4 Övriga faktorer vid bedömningen

Vid bedömningen av konkurrensklausulers skälighet fästs utöver ovan nämnda faktorer vikt vid ett antal andra omständigheter, vilka i stora drag överensstämmer med de som framkommer av 1969 års överenskommelse. Sådana omständigheter är arbetstagarens möjligheter att skaffa ny anställning, antingen geografiskt eller branschmässigt. Även bindningstiden, anställningens art och vilken ekonomisk kompensation som utgår är av betydelse.¹⁸⁰

I mål AD 2010 nr 53 kom domstolen slutligen att bedöma en konkurrensklausul¹⁸¹ som oskäligen. Detta berodde på att klausulen var tidsmässigt omfattande, 60 månader, samt att förhållandena i den aktuella branschen, revisionsbranschen, var sådana att det ansågs oskäligt att arbetstagaren skulle vara bunden av klausulen. AD menade att det var vanligt att kunder i branschen inte var lojala gentemot en viss verksamhet. Dessutom ansågs omfattningen på klausulen vara sådan att den i princip stängde ute arbetstagaren från hela den aktuella marknaden.

I mål AD 2009: 63 ansågs konkurrensklausuler i arbetstagares anställningsavtal vara oskäligen med avseende på tiden efter avslutad anställning. Klausulerna var till sin geografiska omfattning inte begränsade till Sverige och gällde under ett respektive ett halvt års tid. Vad AD dock framförallt tycks ha tagit fasta på vid bedömningen av klausulerna som oskäligen är att arbetstagarna inte kompenserades ekonomiskt trots de hårda inskränkningarna i deras möjlighet att finna en ny anställning. Det bör vara så att kravet på ekonomisk kompensation är i princip oeftergivet¹⁸² för de fall att arbetstagare utestängs från en väsentlig del av arbetsmarknaden. Förvisso var klausulerna i målet geografiskt omfattande, men det rörde sig i det ena fallet endast om en period om ett halvt år.

I mål AD 1985 nr 138 ansågs en konkurrensklausul oskäligen mot bakgrund av att arbetstagarens ställning i företaget var så otrygg att en så långtgående inskränkning i dennes möjligheter efter avslutad anställning inte var skäligen. Målet ger uttryck för att anställningens form och graden av anställningstrygghet är viktiga aspekter vid skälighetsbedömningen av en konkurrensklausul. Detta sammanhänger med arbetstagarens ställning i företaget och att en konkurrensklausul inte får vara mer ingripande än vad som är motiverat utifrån dels arbetsgivarens skyddsintresse, men även arbetstagarens situation.

I mål AD 1994 nr 65 ogillades en konkurrensklausul, med hänvisning till att klausulen dels var

¹⁸⁰ Källström, K, Malmberg, J s 262, DS 2002:56 s 339 och Fahlbeck, R s 142

¹⁸¹ Det rörde sig om en så kallad ickevärnings-klausul. Målet kommer att behandlas ur det perspektivet nedan

¹⁸² Glavå, M s 597

mycket omfattande men även att advokatbranschen, vilket det här var fråga om, inte lämpade sig för den här sortens avtalskonstruktioner. AD påpekade med anledning av detta att det fanns anledning att även beakta det allmänas intresse, exempelvis av sund konkurrens, vid avgörande av en konkurrensklausuls giltighet. I målet diskuterar man dock inte mer ingående på vilket sätt klausulen i det här fallet inte var förenlig med ett sådant intresse.

5.2 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom generella konkurrensklausuler

Nedan kommer jag att belysa några viktiga omständigheter som behandlar i vilken utsträckning generella konkurrensklausuler är ett lämpligt eller möjligt sätt att skydda sig mot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk.

5.2.1 Syftet att skydda kundkontakter i i arbetsrelaterade nätverk

Vad gäller kundkontakter bör först och främst konstateras att dessa sannolikt inte utgör sådana tillverkningshemligheter som avses i 1969 års överenskommelse. Detta innebär att stor restriktivitet präglar bedömningen av konkurrensklausuler till skydd för kunder. Att genom konkurrensklausuler skydda betydelsefulla kundkontakter kan dock vara ett för arbetsgivaren berättigat syfte. Därigenom skyddas i viss utsträckning sådana kundkontakter som arbetstagaren har i arbetsrelaterade nätverk. Så bör främst vara fallet i sådana branscher där arbetstagarna är arbetsgivarens främsta tillgång, vilket är en ganska vanlig situation idag. Den här sortens verksamheter, ofta benämnda kunskapsföretag, är beroende av de kundkontakter som förvalts eller upparbetats av arbetstagarna. Detta innebär dock inte att konkurrensklausuler kan användas reservationslöst. Klausulerna måste ha ett berättigat syfte utifrån ett skyddsvärt intresse, samt användas i rimlig omfattning. Dessa aspekter kommer att behandlas mer ingående nedan.

5.2.2 Arbetsgivarens uttryckliga eller underförstådda tillåtelse

Vad gäller arbetsrelaterade nätverk är situationen sannolikt den att arbetstagaren med arbetsgivarens uttryckliga eller underförstådda tillåtelse använder nätverket, vilket också kommer arbetsgivaren till gagn i och med att arbetstagaren kan bredda sitt nätverk och skapa nya kundkontakter. Detta kan tala såväl för som emot att en konkurrensklausul mot användande av sådana kontakter skall anses skälig. Det som talar för är att arbetsgivaren gett arbetstagaren förtroende att arbeta med kundkontakter. Detta stärker förtroendeställningen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, vilket också kan öka arbetsgivarens behov av att skydda sig mot konkurrens från arbetstagaren.

Emot detta talar att det i egentlig mening är arbetstagaren, inte arbetsgivaren som har en relation

med en viss kund. Arbetstagaren får en friare ställning och kundernas förtroende är snarare kopplat mot denne än mot verksamheten som sådan. Detta går att jämföra med utvecklingen i praxis mot att nyckelpersoner, eller sådana personers individuella egenskaper, som huvudregel inte kan skyddas genom konkurrensklausuler. Man kan därför ifrågasätta om arbetsgivarintresset i ett sådant läge har det skyddsvärde att det motiverar den här sortens ingripande klausuler.

5.2.3 Enstaka avtal eller massavtal

En aspekt av betydelse är i vilken utsträckning konkurrensklausuler tillämpas i en verksamhet. Gäller konkurrensklausulen ett fåtal arbetstagare med en särskild ställning i verksamheten är sannolikheten att klausulen anses skälig högre. Detta eftersom sådana arbetstagare anses ha en mer vidsträckt lojalitetsplikt och ofta andra förmåner som kompenserar för inskränkningen i arbetstagarens möjligheter efter avslutad anställning.

Är det dock fråga om ett massavtal är det svårare för arbetsgivaren att påvisa att ett berättigat syfte föreligger. Bedömningen av skäligheten av konkurrensklausuler är generellt sett restriktiv och enligt min bedömning är det osannolikt att ingripande konkurrensklausuler skulle anses skäliga annat än om de avser särskilda nyckelpersoner inom en viss verksamhet. Även för sådana särskilda nyckelpersoner är bedömningen restriktiv. Problematiken som uppstår i dagsläget är att allt fler arbetstagare har den sortens kunskaper och insyn i verksamheten som tidigare endast ett fåtal nyckelpersoner hade. Så är fallet specifikt med kundkontakter och hur de används av arbetstagarna. Den individualiserade arbetsmarknaden, vilken användandet av arbetsrelaterade nätverk är ett tecken på, är sannolikt anledningen till att klausulerna används i allt högre utsträckning.

Frågan är om det skall bedömas vara ett berättigat syfte att skydda sådana kontakter som ett stort antal arbetstagare inom en verksamhet har kännedom om och som dessutom fått spridning i sådana nätverk som är av delvis privat karaktär. Det tycks förvisso inte vara tvunget på så vis som i FHL att arbetsgivaren försöker hemlighålla den information som denne vill skydda. Klausulerna kan i sig tala för att arbetsgivaren har ett sådant intresse. Jag anser ändå att det utifrån detta går att ifrågasätta en sådan klausuls skyddsvärde.

5.2.4 En helhetsbedömning

Ytterligare en anledning till att vara restriktiv med användandet av generella konkurrensklausuler är att dessa inte sällan bedöms som oskäliga med hänsyn till geografisk och tidsmässig omfattning, förhållandena i branschen och arbetstagarens ställning. Klausulerna skall heller inte vara mer

omfattande än vad som är nödvändigt för att uppnå dess syfte. Detta kan innebära att klausulen jämkas helt eller delvis. I regel fordrar även klausulerna ekonomisk kompensation för inskränkningen i arbetstagarens möjlighet att finna ny anställning. Därför kan det bli mycket kostsamt för en arbetsgivare att i hög utsträckning tillämpa sådana klausuler. Det rör sig alltså om en helhetsbedömning, vilket gör att en arbetsgivare som använder konkurrensklausuler måste tänka på att kompensationen till arbetstagaren anpassas efter vilka inskränkningar denne drabbas av.

Att använda den här sortens klausuler för att skydda sig mot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk bör i många fall vara en orimligt långtgående lösning, särskilt om det rör sig om ett stort antal arbetstagare. Arbetsgivaren utsätter sig då för en risk att klausulen anses oskälig och jämkas, vilket leder till att arbetsgivaren blir helt utan skydd.

5.2.5 Prognos

Sammantaget är min bedömning att generella konkurrensklausuler inte är ett lämpligt sätt för en arbetsgivare att skydda sig emot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk efter avslutad anställning.

Skälen till detta är ett antal. Först och främst skall sådana klausuler användas med försiktighet. Risken är att det idag vore ett alltför långtgående skydd jämfört med vad som anses motiverat. Arbetsgivare har inte och bör inte ha ett berättigat syfte av att inskränka sina arbetstagares möjligheter till ny anställning, annat än i undantagsfall. Detta gäller oavsett huruvida den enskilde arbetsgivaren använder sig av arbetsrelaterade nätverk eller ej. Om arbetstagaren använder sig av sådana nätverk i sin anställning med arbetsgivarens tillåtelse anser jag att det talar för att arbetsgivaren gett arbetstagaren så stort utrymme att det vore oskäligt att i hög utsträckning begränsa arbetstagaren efter avslutad anställning. Det är trots allt arbetstagaren som i många fall upprätthåller och skapar det betydelsefulla kontakterna, inte arbetsgivaren. Att arbetstagaren är den som får lida för detta blir en orimlig konsekvens.

Även i övrigt torde generella konkurrensklausuler i de flesta fall vara en alltför långtgående lösning. I dagens allt plattare organisationsstrukturer är sällan den enskilde arbetstagaren i sig så betydelsefull att det motiverar en sådan inskränkning. Istället är det kollektivet, helheten, som är avgörande. Att skydda sig genom massavtal för att täcka in alla som haft kundkontakter i en verksamhet skulle med beaktande av kravet på kompensation bli kostsamt och vid en prövning ändå sannolikt visa sig vara en alltför långtgående lösning.

5.3 Allmänt om konkurrensklausuler med ickevärvnings-åtagande

I detta avsnitt behandlas konkurrensklausuler med ickevärvnings-åtagande, alltså klausuler som hindrar en arbetstagare att efter avslutad anställning bearbeta eller locka till sig arbetsgivarens kunder. Till stor del gäller vad som sagts ovan angående konkurrensklausuler som hindrar anställning inom samma bransch även för den här sortens klausuler, varför jag inte kommer att behandla dessa aspekter igen.

En ickevärvnings-klausul har innebörden att arbetstagaren gentemot arbetsgivaren förbinder sig att inte bearbeta eller locka till sig kunder eller personal, alternativt bådadera, under en viss tid.¹⁸³ Klausulen är en relativt ny skapelse,¹⁸⁴ som ofta sorterar in under de mer övergripande konkurrensklausulerna även om funktionen delvis är en annan. Ickevärvnings-klausuler har en mer inskränkt utformning jämfört med generella klausuler.¹⁸⁵ De innebär i teorin att arbetstagaren är fri att ta anställning inom samma bransch som den där den tidigare arbetsgivaren verkar, till skillnad från en generell konkurrensklausul. I praktiken kan naturligtvis även en ickevärvnings-klausul få som effekt att arbetstagaren blir väldigt begränsad inom den aktuella branschen, exempelvis beroende på branschens storlek och geografiska utbredning.

Den huvudsakliga skillnaden mellan ett ickevärvnings-åtagande och en generell konkurrensklausul är alltså att den tidigare endast syftar till att begränsa den före detta arbetstagarens möjligheter att nyttja relationer denne skapat i eller i samband med anställningen och inte innebär en generell inskränkning i möjligheten att konkurrera inom samma bransch.¹⁸⁶

5.3.1 Bedömningen av ickevärvnings-klausuler

Ickevärvnings-klausuler är ett nyare och mindre utforskat fenomen än generella konkurrensklausuler, varför det är svårt att med säkerhet uttala sig om vad som gäller. Till stor del är bedömningsgrunderna desamma för den här sortens klausuler som för generella konkurrensklausuler¹⁸⁷ och AD gör inte heller någon tydlig distinktion mellan ickevärvnings-klausuler och generella konkurrensklausuler i domskälen. I detta avsnitt kommer jag att försöka dra några riktlinjer kring vad som gäller vid användandet av ickevärvnings-klausuler.

¹⁸³ Munukka, J s 152-153 skriver om detta fenomen, men använder termen *solicitation clause*.

¹⁸⁴ Denna typ av klausul diskuteras exempelvis inte i DS 2002: 56. Det är svårt att med exakthet avgöra när klausulen först kom i bruk, men att den inte tas upp i utredningen tyder på att den i vart fall inte ansetts ha någon direkt betydelse vid den aktuella tidpunkten. Det tidigaste målet där jag hittat att en klausul av det här slaget behandlas är mål AD 1992 nr 9.

¹⁸⁵ Jmf definitionen av konkurrensklausuler i DS 2002:56 s 330

¹⁸⁶ Se bland andra mål AD 1992 nr 262 och 2010 nr 53

¹⁸⁷ Se även mål AD 1992 nr 262, 2002 nr 115, nr 2009 nr 40 och 2010 nr 27

För det fall att en ickevärvnings-klausul inte omfattas inom användningsområdet för 1969 års avtal görs en prövning i det enskilda fallet av dess skälighet.¹⁸⁸ Den bedömning som ligger till grund för huruvida klausuler som ligger utanför användningsområdet för 1969 års avtal skall anses skäliga är som ovan behandlat huruvida arbetsgivaren kan anses ha ett berättigat intresse av klausulen. Här är bedömningen i stort sett densamma som för generella konkurrensklausuler. Arbetsgivarens intresse av att skydda sin kundkrets har i ett antal mål bedömts vara ett sådant intresse.¹⁸⁹ Detta innebär dock inte att så alltid måste vara fallet. Beroende på bransch kan klausuler med den här sortens utformning anses oskäliga, vilket bland annat framgår av mål AD 2010 nr 53 och AD 1992 nr 99, där AD påpekar att bedömningen bör vara restriktiv och att det därför inte är självklart att syftet att skydda sin kundkrets är berättigat.

Vid avgörande av en ickevärvnings-klausuls skälighet görs en helhetsbedömning enligt AvtL 38§, på samma vis som för generella konkurrensklausuler. För att detta skall vara möjligt krävs det att klausulen är utformad på ett sådant vis att den är att betrakta som en konkurrensklausul i lagens mening. Skulle så inte vara fallet bedöms klausulen istället enligt generalklausulen i AvtL 36§. Huruvida samma kriterier används vid bedömningen är inte alldeles självklart,¹⁹⁰ då ickevärvnings-klausuler som konstruktion inte är lika ingripande som en generell konkurrensklausul.¹⁹¹ Detta kan enligt min mening leda till att kraven på exempelvis kompensation från arbetsgivarens sida reduceras eller rentav bortfaller. Min uppfattning är att bedömningsgrunderna i övrigt är ungefär desamma, om än lindrigare i vissa fall.

5.3.2 Faktorer av särskild betydelse vid bedömningen av ickevärvnings-klausuler

Bedömningen av en ickevärvnings-klausul är till stor del beroende av dess utformning. Nedan kommer jag att belysa några återkommande faktorer som jag identifierat, vilka är av särskild betydelse.

5.3.2.1 Aktiv befattning

Något som återkommer i domarna rörande ickevärvnings-klausuler är en diskussion kring huruvida arbetstagaren tagit *direkt eller aktiv befattning* med arbetsgivarens kunder på ett sätt som strider mot ickevärvnings-klausulen. Denna bedömning kretsar alltså kring vad som ska anses innebära aktiv

188 Fahlbeck, R s 138-139

189 Källström, K, Malmberg, M s 262. Se även bland annat mål AD 1992 nr 262 och AD 2002 nr 115

190 Frågan tycks vara sparsamt behandlad utanför praxis, men denna slutsats dras även av Attoff, P och Carlqvist, J i *"Vem får ha konkurrensklausul och dess inverkan vid uppsägning"*

191 Jmf hur konkurrensklausuler definieras i DS 2002:56 s 330

befattning.

Mål AD 2010 nr 53 gällde en säljare av finansiella tjänster som efter avslutad anställning kontaktade arbetsgivarens kunder per telefon. Enligt en konkurrensklausul i anställningsavtalet stadgades att arbetstagaren åtog sig att inte bearbeta företagets befintliga kunder under anställningen eller inom en period om 60 månader efter avslutad anställning. I målet var det ostridigt att detta var ett agerande som inneburit att arbetstagaren bearbetat kunder på så vis som avsågs i klausulen. På grund av att det i målet var ostridigt att agerandet omfattades av klausulen diskuterar AD dock inte den vidare innebörden av aktiv bearbetning. Möjligen ger målet ändå viss ledning kring vilken sorts agerande som skall anses vara aktiv bearbetning. Det är dock svårt att utifrån målet uttala sig om gränsen för vilken aktivitet som krävs.

I mål AD 2002 nr 115 var omständigheterna liknande. En arbetstagare inom redovisningsbranschen fick inte under eller efter avslutad anställning ta befattning med en kunds övergång från arbetsgivarens verksamhet till konkurrerande verksamhet. AD ansåg att arbetstagaren genom att samla in information om kunder och på andra sätt förbereda den konkurrerande verksamheten tagit aktiv befattning med kundernas övergång på så vis som avsågs i ickevärnings-klausulen.

En slutsats utifrån målen är att domstolen tagit fasta just på ett aktivt handlande från arbetstagarens sida vid avgörandet av huruvida aktiv bearbetning skett. Detta kan tyckas självklart, men så är inte riktigt fallet. I mål AD 2010 nr 27 är AD:s resonemang nämligen inte lika tydligt i det avseendet. Målet gällde en före detta arbetstagare inom IT-säkerhet som efter avslutad anställning bedrev med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet, i strid med en konkurrensklausul i anställningsavtalet. Konkurrensklausulen kom att begränsas till att framförallt avse några enligt avtalet särskilt listade kunder. Arbetstagaren hade enligt arbetsgivaren per telefon samt genom utskick av kontaktuppgifter vänt sig till några av de kunder som var särskilt listade i avtalet för att förmå dessa att lämna företaget. Arbetstagaren menade dock att denne inte genom aktivt bearbetande förmått kunderna att lämna arbetsgivarens verksamhet.

AD ansåg att det var visat att arbetstagaren genom att kontakta arbetsgivarens befintliga kunder tagit sådan aktiv befattning med kunderna som avsågs i klausulen. AD menade dock att det saknade betydelse i det aktuella målet, då den före detta arbetstagaren redan genom att starta en konkurrerande verksamhet och ta över arbetsgivarens befintliga kunder brutit mot konkurrensförbudet. Man ansåg därför inte att det fanns anledning att ta ställning till huruvida detta

skett genom direkt eller aktiv bearbetning. Det är svårt att utläsa ur målet om AD menar att det generellt sett inte är nödvändigt att göra en bedömning av huruvida direkt eller aktiv bearbetning skett, eller om det är omständigheterna i det specifika fallet som leder till den slutsatsen. Min bedömning är att den senare tolkningen är den rimliga. Möjligen har detta sin förklaring i att ickevärvnings-klausulen i det aktuella målet tolkas mot bakgrund av det vidare konkurrensförbudet.

5.3.2.2 Passivt övertagande

I målen som avhandlats ovan var klausulerna utformade på så vis att de enligt ordalydelsen förbjöd aktiv bearbetning. I mål AD 2009 nr 40 innehöll klausulen dock en förpliktelse för arbetstagaren att *avstå från* hos företaget befintliga kunder. I målet som rörde redovisningsbranschen hade en före detta anställd efter att ha blivit uppsagd på grund av konkurrerande verksamhet arbetat för en kund som tidigare tillhört arbetstagarens före detta arbetsgivare. Den aktuella kunden hade själv sökt upp den före detta arbetstagarens verksamhet, då denne inte längre ville kvar som kund hos arbetsgivaren. I och med att klausulen inte förutsatte aktivt agerande hade arbetstagaren brutit mot klausulen bara genom att ta emot kunden i sin nya verksamhet. AD tog ställning till om agerandet inneburit skada för arbetsgivaren. Man gjorde bedömningen att så inte var fallet då arbetsgivaren skulle ha förlorat den aktuella kunden oavsett om arbetstagaren övertagit kunden eller ej. Då klausulen inte innehöll någon bestämmelse om vite kunde skadestånd heller inte utdömas på grund av kontraktsbrottet som sådant. AD fick med anledning av detta resonemang heller ingen anledning att ta ställning till klausulens skälighet.

I mål AD 2001 nr 91 fördes ett liknande resonemang kring vilken skada som orsakats verksamheten då en kund redan tidigare sagt upp avtalet. I målet hade en kund som omfattades av en arbetstagares ickevärvnings-klausul lämnat arbetsgivarens verksamhet. AD ansåg att det inte var möjligt att avgöra huruvida arbetstagarens agerande låg bakom detta eller ej och därför kunde inte arbetstagaren anses ha orsakat skada för arbetsgivaren. Klausulen bedömdes även vara oskälig, varför frågan om skadestånd alternativt vite inte aktualiserades.

Den slutsats som kan dras utifrån målen är att det torde vara svårt för en arbetsgivare att påvisa ekonomisk skada om arbetstagaren inte på ett aktivt sätt förmått kunder att lämna verksamheten. Därav blir klausuler som ålägger arbetstagare att avstå från arbetsgivarens befintliga kunder, alltså passivt övertagande, i viss mån verkningslösa för det fall att arbetstagaren inte aktivt förmått kunderna att lämna arbetsgivarens verksamhet.

Har vitesklausul tagits in i avtalet tycks utfallet dock kunna bli ett annat. I AD 1992 nr 9 hade en arbetstagare efter avslutad anställning anlitats av den före detta arbetsgivarens kunder. Gällande konkurrensklausul var utformad så att den hindrade arbetstagaren att ”*ta med (s)ig av (bolaget) upparbetade kunder*”. Formuleringen vållade enligt TR tolkningssvårigheter kring huruvida någon viss aktivitet krävdes från arbetstagarens sida eller ej. AD behandlar inte frågan ingående, men konstaterar att arbetstagaren brutit mot klausulen och tagit med sig i alla fall vissa av arbetsgivarens kunder till sin verksamhet. Arbetstagaren dömdes att utge ersättning enligt en vitesklausul i avtalet.

I målet tycks domstolen tolka den oklara formuleringen till arbetstagarens nackdel, vilket kan tyckas märkligt med tanke på att oklara avtalsformuleringar typiskt sett tolkas till den som utformat avtalets nackdel.¹⁹² Icke desto mindre tycks det vara en framkomlig väg att genom den här sortens formuleringar till viss del förhindra att arbetstagare som uppsöks av arbetsgivarens kunder tar till sig dessa. En sådan klausul är dock sannolikt att bedömas som strängare än en klausul som endast hindrar aktiv bearbetning, vilket innebär att risken att klausulen bedöms vara oskälig är större.

5.3.2.3 Befintliga kunder

En annan omständighet som kan ge upphov till oklarhet i mål gällande ickevärvnings-klausuler är vilka kunder som skall anses omfattas av klausulen. Det ger upphov till problem vid avgörandet av huruvida en viss klausul omfattar endast sådana kunder som finns hos arbetsgivaren redan vid anställningens påbörjande eller även sådana som därefter tillkommer.

I mål AD 1992 nr 9 menade AD att ett företag inom revisionsbranschen hade ett berättigat behov att skydda sig mot sådana kunder som bolaget hade vid arbetstagarens anställnings början. I målet löd formuleringen i klausulen ”*av (bolaget)upparbetade kunder*”. Detta tolkades alltså så att endast de kunder som fanns vid anställningens början omfattades av klausulen. De kundkontakter som avsågs i målet var dock uteslutande sådana som fanns vid anställningens början, varför det är osäkert vilka slutsatser som kan dras utifrån detta.

Denna fråga diskuterades även i mål AD 2010 nr 53. I målet var gällande ickevärvnings-klausul utformad så att arbetstagaren inte efter avslutad anställning fick bearbeta hos arbetsgivaren ”*befintliga kunder*”. AD menade mot bakgrund av avtalets utformning att uttrycket befintliga kunder måste anses omfatta såväl sådana kunder som fanns hos arbetsgivaren vid anställningens påbörjande som sådana som tillkommit under anställningen. Man påpekar att denna slutsats inte är

¹⁹² Prop 1975/76: 81 s 30-31

självklar sett till ordalydelsen, men att det mot bakgrund av avtalets syfte rimligen måste tolkas vara innebörden.

AD öppnar alltså här för att det inte är en självklarhet att uttrycket befintliga kunder skall anses ha en så vidsträckt innebörd som i det här fallet. Med tanke på att formuleringen i den i målet aktuella ickevärvnings-klausulen tycks vara relativt typisk för sådana klausuler är det troligt att AD i många fall skulle resonera på samma sätt som i målet. Ickevärvnings-klausuler torde generellt sett ha till syfte att förhindra bearbetning av såväl sådana kunder som var befintliga vid anställningens påbörjande som vid dess avslutande. Om inte annat tycks det enligt min bedömning inte finnas några hinder mot att formulera klausulen på så vis att den tydligt omfattar båda dessa kategorier.

5.3.2.4 Avskärmning från branschen utan kompensation

Ickevärvnings-klausuler har kritiserats för att utestänga arbetstagare från arbetsmarknaden och på ett oskäligt sätt inskränka den enskilde arbetstagarens möjligheter.¹⁹³ Detta avgörs genom en helhetsbedömning, enligt vilken AD i ett antal mål konstaterat att detta blivit konsekvensen.

I mål AD 2010 nr 53 påpekade domstolen just att klausulen i praktiken avskärmade arbetstagaren från arbete inom branschen. Även om klausulen enligt ordalydelsen var ett ickevärvning-åtagande fick den i praktiken som konsekvens att arbetstagaren inte överhuvudtaget hade möjlighet att verka inom branschen. Även i mål AD 2001 nr 91 ansågs en konkurrensklausul resultera i detta.

I målen behandlar domstolen inte betydelsen av kompensation, men man kan ändå anta att det är just förhållandet mellan inskränkningen i arbetstagarens möjligheter att finna ny anställning och kompensationen som är avgörande. I mål AD 2009 nr 63 var det förvisso inte fråga om en ickevärvnings-klausul, men AD förde ett resonemang just kring förhållandet mellan inskränkningen och kompensationen. I målet ansågs arbetstagaren avskärmad från branschen, utan att i egentlig mening kompenseras av arbetsgivaren.

Det bör därför vara så att ickevärvnings-klausuler vanligtvis inte är förknippade med samma krav på kompensation från arbetsgivaren, just på grund av att inskränkningen inte är lika kraftig. Blir arbetstagaren dock i praktiken avskärmd från branschen, eller en väsentlig del av den, är klausulen lika ingripande som en generell konkurrensklausul. Detta innebär också att kraven på ekonomisk kompensation bör bli desamma som för sådana klausuler. Med andra ord är det inte hur klausulen

¹⁹³ Viklund, L, Lag&avtal 1999:7. Utvecklingen har efter detta visat att ickevärvnings-klausuler till stor del accepteras.

formuleras, utan vilka konsekvenser den får i praktiken som är avgörande.

5.4 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom ickevärvnings-klausuler

Ovan har behandlats ickevärvnings-klausulers utformning och bedömningen av dem, samt några faktorer av särskild betydelse vid denna bedömning. I detta avsnitt analyseras ickevärvnings-klausuler utifrån möjligheten för arbetsgivaren att genom dem skydda sig mot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk.

5.4.1 Aktiv eller passiv befattning

En omständighet som i praxis tycks vara av väsentlig betydelse är huruvida avtalet reglerar aktiv bearbetning eller passiv befattning med arbetsgivarens kunder. Formuleringen av klausulerna kan variera, men huvudsakligen rör det sig om huruvida viss aktivitet krävs från arbetstagarens sida för att denne skall anses ha tagit befattning med kunders övergång till konkurrerande verksamhet. Detta är något som enligt min bedömning kan få betydelse avseende kundkontakter som arbetstagaren har i ett arbetsrelaterat nätverk, vilket beror på att sådana nätverk underlättar för båda parter att hålla under uppsikt var den andre befinner sig på arbetsmarknaden. Genom profilen tydliggörs att en arbetstagare bytt anställning eller startat egen verksamhet. Denna information underlättar för en kund med förtroende för en viss arbetstagare att söka upp denne i en ny verksamhet.

Om en formulering i en konkurrensklausul utformas så att en viss aktiv handling krävs från arbetstagarens sida går det ur praxis att utläsa att arbetstagaren måste ha agerat för att förmå kunden att lämna arbetsgivarens verksamhet. Motsatsvis omfattar detta inte den situationen att en arbetstagare söks upp av en kund utan att själv ha agerat aktivt. Om en arbetstagare söks upp genom ett arbetsrelaterat nätverk av en kund innebär klausulen alltså inte något hinder för arbetstagaren att utföra tjänster för kunden. Detta står inte i strid med klausulen då arbetstagaren inte agerar aktivt för att förmå kunden att övergå till dennes verksamhet.

Det är inte alldeles självklart i vilken utsträckning det finns ett egentlig krav på aktiv bearbetning eller ej. Till stor del tycks detta vara föremål för avtalets parter att avtala om. Av praxis framgår att AD gör en bedömning av huruvida klausulen förutsätter aktivt agerande från arbetstagarens sida eller ej. Om klausulen omfattar all befattning med arbetsgivarens kunder innefattar den även de fall då en arbetstagare söks upp av en kund. Sannolikt är det så att en klausul som hindrar även passivt övertagande är att bedöma som strängare än en som hindrar endast aktiv bearbetning. Detta kan således påverka skäligheten av klausulen, vid en helhetsbedömning.

I dagens samhälle bör det i praktiken inte vara tillräckligt med klausuler som hindrar endast aktiv befattning. Arbetsrelaterade nätverk underlättar för kunden att själv söka upp arbetstagaren, vilket istället förutsätter att även sådan passiv befattning med kunder omfattas av klausulen.

Det finns dock vissa problem som sammanhänger med klausuler som reglerar passivt övertagande av kunder. Vid aktiv bearbetning har arbetstagarens handlande som utgångspunkt lett till att arbetsgivaren lidit ekonomisk skada på grund av förlusten av kunder. Vid passivt övertagande är det dock svårt för arbetsgivaren att påvisa att skada skett genom övertagandet. Exempel på detta är att kunder i praxis menat att de ändå avsett att lämna arbetsgivaren. Det blir då svårt att påvisa arbetstagarens betydelse för en viss uppkommen skada. Om en sådan klausul används bör den därför förenas med en vitesklausul, då vite utgår för det fall att övertagande av kund skett oavsett om någon skada kan påvisas eller ej.

5.4.2 Vilka kunder som omfattas

Vilka kunder som omfattas av en konkurrensklausul kan påverkas av hur klausulen formuleras. I praxis har frågan behandlats i mål där formuleringarna *"upparbetade kunder"* och *"befintliga kunder"* använts.

I båda målen har formuleringarna ansetts innebära att kunder som fanns vid anställningens början omfattas. Vad gäller *"befintliga kunder"* ansågs detta även innefatta kunder som tillkommit under anställningen. AD påpekar dock att det är en komplicerad tolkningsfråga som får ses mot bakgrund av avtalets syfte. Vilken generell tillämpning detta kan anses ha är svårt att uttala sig om. Det bör dock som ovan påpekats förhålla sig så att syftet i de flesta fall är att de kunder som finns i arbetsgivarens verksamhet vid anställningens upphörande är de som avses med klausulen. Det tycks inte heller i normalfallet vara så att AD betraktar detta som en oskälig inskränkning.

Något som inte behandlas i praxis är huruvida en ickevärvnings-klausul även får omfatta kunder som tillkommer efter att arbetstagaren lämnat anställningen. En sådan konstruktion skulle dock i praktiken ligga väldigt nära en generell konkurrensklausul och med stor sannolikhet ställa högre krav på kompensation och övriga omständigheter av betydelse.

En annan fråga är om arbetstagarens kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk kan göras anspråk på av arbetsgivaren efter anställningens upphörande. Har kontakterna inte används vid anställningen är

det med hänsyn till arbetstagarens intresse inte rimligt att arbetsgivaren har rätt till dem. De kan dessutom sannolikt inte anses utgöra kunder i arbetsgivarens verksamhet. En komplicerad gränsdragningsfråga kan dock uppstå om en arbetstagare använder sig av kontakter ur sitt arbetsrelaterade nätverk vid sin anställning hos arbetsgivaren. Frågan uppkommer då om kontakterna kommit att bli kunder hos arbetsgivaren, eller om det faktum att kontakterna är hänförliga till arbetstagarens privata nätverk gör att arbetsgivaren inte kan göra anspråk på dem.¹⁹⁴ Det är sannolikt de specifika omständigheterna i det enskilda fallet som avgör den saken, men otvivelaktigt kan arbetsrelaterade nätverk ge upphov till en svårbedömd situation i det avseendet.

5.4.3 Prognos

Den övergripande fördelen med en ickevärnings-klausul jämfört med en generell konkurrensklausul är att den förstnämnda i många fall kan utformas så att den inte får samma ingripande resultat för arbetstagaren.

En ickevärnings-klausul som utformas på så vis att den omfattar såväl aktivt som passivt övertagande av arbetsgivarens kunder bör i de flesta fall utgöra ett fullgott skydd. Den problematik som uppstår då arbetstagare kan uppsökas genom arbetsrelaterade nätverk kan genom en sådan klausul motverkas. Det är dock viktigt att klausulen förenas med en vitesbestämmelse för att arbetsgivaren skall undvika problematiken kring att påvisa vilken skada som uppkommit. Av vikt är även att det av klausulen tydligt framgår vilka av arbetsgivarens kunder som skall omfattas.

Det avgörande är alltså att klausulen utformas på ett tydligt vis så att den inte ger upphov till tolkningsfrågor. Även då kan klausulen dock bedömas vara oskälig. En ickevärnings-klausul kan i praktiken vara så omfattande att det inte är någon egentlig skillnad gentemot en generell konkurrensklausul. Här är riktlinjerna i princip desamma som för generella konkurrensklausuler, med det undantag att kravet på ekonomisk kompensation inte är lika långtgående. Det är därför inte självklart att ickevärnings-klausuler är en framkomlig väg för att skydda sig mot arbetstagares användande av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk. Detta beror på förhållandena i branschen och vilken specifik arbetstagare som skall skyddas. Det är dock mer sannolikt att klausulen bedöms skälig för det fall att dess utformning inte är lika ingripande som en generell konkurrensklausul.

5.5 Allmänt om sekretessklausuler

Klausuler som reglerar tystnadsplikt för en arbetstagare efter avslutad anställning brukar benämnas

¹⁹⁴ Resonemanget förutsätter att läsaren bortser från det faktum att en sådan tolkning rimligen bör innebära att arbetstagaren sannolikt brustit i sin lojalitetsplikt

sekretessklausuler. De innebär i sak en förlängning av den tystnadsplikt som under anställningen följer av lojalitetsplikten.¹⁹⁵ Sekretessklausuler är alltså en möjlighet att på ett mindre ingripande vis än genom konkurrensklausuler skydda viss information som är av intresse för arbetsgivaren.¹⁹⁶ Dessutom kan en sekretessklausul verka såväl preventivt som vara rättsligt sett mer effektiv, på grund av att den ger ett förbättrat bevisläge.¹⁹⁷ Klausulerna kan även i vissa fall ålägga arbetstagaren att radera viss sekretessbelagd information.¹⁹⁸

Skäligheten av en sekretessklausul bedöms utifrån AvtL 36§.¹⁹⁹ En sekretessklausul som sträcker sig längre än vad som är att betrakta som en företagshemlighet enligt FHL är inte giltig.²⁰⁰ Hur klausulerna får utformas är i övrigt inte lagstadgat, men sannolikt bör 1969 års överenskommelse kunna tjäna till viss ledning även avseende den här sortens klausuler. Detta skulle innebära att endast så kallad företagsspecifik information kan skyddas genom sekretessklausuler²⁰¹ för att klausulen skall anses skälig. Enligt min mening är detta en rimlig bedömning då en mer långtgående tillåtlighet skulle kunna innebära att en arbetstagare exempelvis fråntas möjligheten att använda sina kunskaper och färdigheter. I praktiken skulle detta kunna inverka lika menligt som långtgående konkurrensklausuler, med den skillnaden att någon ersättning inte utgår till arbetstagaren.²⁰²

Vid bedömningen av om en arbetstagare brutit mot en sekretessklausul bör tas i beaktande hur tydlig utformningen av klausulen är. En tydligt utformad klausul ökar möjligheterna för en arbetstagare att på förhand avgöra vad som är en överträdelse av klausulen. Även hur lång tid som förflutit sedan anställningen upphörde bör påverka bedömningen. Efter en längre tid är det svårare för en arbetstagare att avgöra vilka kunskaper som härrör från den tidigare anställningen.²⁰³

Överlag tillämpas sekretessklausuler i kombination med konkurrensklausuler. Konkurrensklausulen reglerar då arbetstagarens möjlighet att konkurrera medan sekretessklausulen istället tar sikte på vad arbetstagaren måste hemlighålla.²⁰⁴ Det tycks därför inte finnas någon praxis där sekretessklausuler bedömts för sig avseende en arbetstagare som efter avslutad anställning avslöjat viss uppgift.

195 Fahlbeck, R s 150

196 SOU 2008: 63 s 197 och 199 samt Tonell, M s 60-61

197 Tonell, M s 64-65

198 Se råden för utformning av sekretessklausuler i Tonell, M, Legally Business

199 Prop 1987/88:155 s 46-47

200 Definitionen av företagshemlighet i FHL 2§ är tvingande, se Fahlbeck, R s 72 och Tonell, M s 61

201 SOU 2008: 63 s 200

202 Jmf Fahlbeck, R s 151 angående skyddsintressen

203 Prop 1987/88: 155 s 47

204 Fahlbeck, R s 149

I mål AD 2011 nr 11 bedömdes dock frågan om brott mot sekretessklausul i anställningsavtal under pågående anställning. I målet som rörde en anställd på ett företag för it-tjänster hade arbetstagaren röjt företagshemligheter i form av rapporter och dokumentation. Detta tilltag bedömdes stå i strid med såväl en sekretessklausul i avtalet som FHL och den allmänna lojalitetsplikten. Målet ger inte några egentliga riktlinjer för vad som kan omfattas av en sekretessklausul, men sannolikt är bedömningen likartad med den som gäller vid avgörande av vad som är att betrakta som en företagshemlighet. Hade tilltaget skett efter avslutad anställning hade avtalet om sekretess kunnat vara en sådan omständighet som gjort att synnerliga skäl bedömts föreligga.

5.6 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom sekretessklausuler

Sannolikt bör enligt min mening kundkontakter omfattas av en sekretessklausul. Bedömningen av vad som omfattas tycks likartad vad gäller FHL och de olika kontraktuella förpliktelserna. Det är också rimligt att skyddet är likvärdigt över området som helhet, då det är sannolikt att den som avtalar om en sekretessklausul har liknande förväntningar på vilket skydd som åtnjuts som den som avtalar om en ickevärnsvnings-klausul eller den som förlitar sig på FHL.

I praktiken får dock sekretessklausuler sällan självständig praktisk betydelse, utan används istället i kombination med konkurrensklausuler och en eventuell vitesbestämmelse. Det är då den kombinerade användningen av dessa två, det vill säga eventuellt brott mot sekretessklausulen och samtidigt användande av information i konkurrenssyfte som blir föremål för bedömning.

Ett innehav av kundkontakter i ett arbetsrelaterat nätverk bör enligt min mening inte utgöra ett brott mot en sekretessklausul. Om sådant användande tillåts under anställningen kan det inte vara så att innehavet av kundkontakter i nätverket efter anställningens upphörande utgör ett avslöjande. Ingen handling har ju då vidtagits för att avslöja uppgifterna. Det är därför inte relevant huruvida kundkontakterna sedan används eller ej, eftersom detta inte utgör ett avslöjande.

5.7 Allmänt om andra möjliga avtalskonstruktioner till skydd för kundkontakter

Av generell betydelse är att arbetsrätten är ett område som till stor del präglas av avtalsfrihet. Som rättsområde är ramarna för vad som är tillåtet till stor del föränderliga, då konkret lagstiftning också ofta saknas.²⁰⁵

²⁰⁵ Jmf Fahlbeck, R, s 108-109 om arbetsrätten i stort och lojalitetsplikten i synnerhet. Detta uttrycks ”Det inbördes förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare är i Sverige i stor utsträckning inte reglerat i lag”.

Vad gäller klausuler som inte faller inom tillämpningsområdet för AvtL 38§, genom att de inte begränsar konkurrens, bedöms sådana istället enligt AvtL 36§.²⁰⁶ Det kan alltså röra sig om klausuler som förvisso på olika sätt påverkar arbetstagaren under eller efter avslutad anställning men som inte direkt kan sägas innebära ett förbud för denne att konkurrera gentemot arbetsgivaren. Klausulen behöver inte innebära ett direkt förbud mot konkurrens, det är tillräckligt att den inskränker denna möjligheten. Detta framgår av att ickevärvnings-klausuler omfattas av AvtL 38§.

Det är dock inte av större intresse enligt vilken av bestämmelserna en klausul prövas då bedömningen i sak är densamma. Prövningar enligt AvtL 36§ skiljer sig nämligen från övriga prövningar enligt AvtL på så vis att den ger utrymme för att tillmäta alla omständigheter betydelse. Prövningen är alltså fri och utgör en helhetsbedömning utifrån samtliga relevanta aspekter.²⁰⁷ En viktig aspekt vid bedömningar enligt AvtL 36§ är ofta partsställningen, alltså den situation att en av parterna i avtalet av någon anledning är underlägsen den andre.²⁰⁸ I övrigt bedöms vid prövningen av huruvida ett avtal är skäligt själva avtalsinnehållet, omständigheterna vid dess tillkomst, senare inträffade omständigheter och omständigheterna i övrigt.²⁰⁹ Detta innebär att riktlinjer ur 1969 års överenskommelse skulle kunna få betydelse, så som även den enskilde arbetstagarens intresse för det fall att en avtalsklausul är särskilt ingripande, då samtliga relevanta omständigheter skall beaktas.

5.8 Skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk genom andra avtalskonstruktioner

Ovan i uppsatsen har behandlats möjliga skydd samt möjliga åtgärder som kan vidtas för att indirekt uppnå skydd mot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk. Man kan dock tänka sig andra avtalsmodeller som mer direkt tar sikte på sådant användande, exempelvis ett direkt förbud mot att på olika sätt använda arbetsrelaterade nätverk alternativt en skyldighet för arbetstagaren att radera kundkontakter ur nätverket vid avslutad anställning. Detta är som utgångspunkt möjligt eftersom avtalsfrihet parterna emellan är huvudregeln. I praxis förekommer endast sådana klausuler som reglerar konkurrens eller sekretess, även om det säkert ser annorlunda ut i praktiken. Det finns därför inte mycket ledning för att bedöma skäligheten av andra avtalskonstruktioner enligt AvtL 36§, annat än utifrån principer på arbetsrättens område.

206 Jmf bla. Tonell, M s 62 och s 162-163

207 Ramberg, J, Ramberg, C s 175

208 Ramberg, J, Ramberg, C s 177

209 Ramberg, J, Ramberg, C s 176

Det bör inte vara oskäligt eller stå i strid med sådana principer att arbetsgivaren förbjuder användandet av arbetsrelaterade nätverk, i vart fall begränsat till att arbetstagaren förbinder sig att inte i sådana nätverk skapa arbetsrelaterade kontakter. En sådan bestämmelse kan knappast betraktas som särskilt ingripande och arbetsgivarens behov av att skydda kontakterna kan säkerligen i många fall bedömas skyddsvärt. I regel är det dock inte en lämplig lösning, även om det i undantagsfall naturligtvis kan vara så att arbetsgivaren har ett starkt intresse av att hålla verksamheten helt sluten. Det bör överlag vara så för till exempel kunskapsföretag att dessa har ett stort behov av att anpassa sig och utnyttja nya tekniska lösningar snarare än att begränsa användandet.

Av intresse för uppsatsen är att reflektera över huruvida arbetsgivaren kan göra anspråk på innehållet i en arbetstagares arbetsrelaterade nätverk, vilket inte faller inom lojalitetsplikten, FHL eller konkurrensklausuler annat än indirekt. Det skulle därför krävas en avtalsklausul som uttryckligen reglerade arbetsgivarens rätt att ta i anspråk sådana kontakter vid anställningens upphörande.

Tveklöst kan en sådan klausul vara tämligen ingripande gentemot arbetstagaren. Beroende på utformning kan den alltså täcka in ett helt nätverk med inslag av privat karaktär. Det skulle otvivelaktigt ge upphov till problem att avgöra vilka kontakter som är av den karaktären att de skall raderas alternativt överlämnas till arbetsgivaren. En möjlig utformning är att skapa en klausul av innebörden att arbetstagaren vid avslutad anställning måste radera de kontakter från arbetsrelaterade nätverk som har samband med anställningen, alternativt de kundkontakter som vid anställningens upphörande är befintliga kunder hos arbetsgivaren. Det är dock oklart vilka konsekvenser brott mot en sådan klausul skulle få²¹⁰. Det skulle sannolikt vara svårt att påvisa reell skada, vilket innebär att ett sådant avtal bör kombineras med en vitesklausul.

Med tanke på att en grundprincip inom arbetsrätten är att arbetsgivaren inte skall ha möjlighet att i för hög utsträckning inskränka arbetstagarens privatliv är det inte självklart att en sådan klausul skulle accepteras. Förvisso får arbetstagaren som en del av lojalitetsplikten acceptera att arbetet skall ges hög prioritet, men jag bedömer att en sådan klausul är alltför långtgående. Detta beror dels på att den är ingripande mot arbetstagaren och dennes privatliv, men även att det är svårt att motivera sådana begränsningar ur ett samhällsperspektiv, då konkurrens och utveckling på marknaden riskerar att hämmas.

210 I Hogéus, P, Svenska dagbladet, 2011-12-14 förs en diskussion kring detta

6 Slutsatser och reflektioner

6.1 *Möjligheten att skydda kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk*

Arbetsrelaterade nätverk ger nya möjligheter för arbetstagaren att skapa vad som kan liknas vid en personlig kundkatalog. Detta innebär att kundkontakterna inte längre endast förvaras i ett register eller en databas hos arbetsgivaren och förutsättningarna för arbetsgivaren att skydda dem har därmed förändrats. Samtidigt har allt fler arbetstagare genom flera led av verksamheten god tillgång till kundkontakterna, vilket gör att arbetsgivaren ur det perspektivet har ett än större behov att analysera möjliga tillvägagångssätt för att undvika att betydelsefulla kunder lämnar verksamheten.

Genom lojalitetsplikten har arbetsgivaren historiskt sett skyddats inte bara mot att fråntas sina kunder utan mot konkurrens från anställda i stort. Det är därför oväsentligt huruvida konkurrensen sker genom kontakter från arbetsgivarens verksamhet eller från arbetstagarens personliga nätverk. Att arbetstagare får allt större eget ansvar stärker snarare förtroendeställningen parterna emellan vilket sannolikt innebär att arbetsgivarens ställning i det här fallet är lika stark som tidigare.

Efter avslutad anställning upphör lojalitetsplikten att gälla. Att vid anställningens upphörande medföra kundkontakter har dock ansetts utgöra brott mot lojalitetsplikten. Vad gäller användandet av sociala arbetsrelaterade nätverk förutsätter dessa inte någon sådan aktiv handling som det i dessa mål varit fråga om. Kundkontakterna finns redan i nätverket, arbetstagaren behöver därför inte anskaffa kopior på kundregister eller liknande. Att endast låta bli att radera sådana kontakter ur det arbetsrelaterade nätverket bör enligt min bedömning inte stå i strid med lojalitetsplikten. Primärt skyddas arbetsgivaren dock mot arbetstagarens agerande efter avslutad anställning genom FHL och register med kundkontakter har ansetts kunna utgöra företagshemligheter i lagens mening. Huruvida kontakter i arbetsrelaterade nätverk som används med arbetsgivarens samtycke kan anses vara sådana företagshemligheter är dock mer tveksamt. Det bör bero på i vilken utsträckning arbetsgivaren värnar om och skyddar uppgifterna samt vilket kommersiellt värde kontakterna har.

Förvisso har kundkontakter vanligen stor betydelse för arbetsgivaren, men om användande av arbetsrelaterade nätverk tillåts är det tveksamt om arbetsgivaren kan anses ha uppfyllt kravet på att försöka hemlighålla uppgifterna. Detta innebär även att det är osäkert huruvida kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk är att betrakta som en sådan företagshemlighet som skyddas genom FHL.

Om kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk skulle anses vara företagshemligheter krävs även att dessa röjs eller utnyttjas för att synnerliga skäl skall föreligga. Använder arbetstagaren sitt arbetsrelaterade nätverk för att söka upp arbetsgivarens kunder som tillhandahållits genom anställningen kan det alltså utgöra ett brott mot FHL. Detta kräver dock ett aktivt handlande från arbetstagarens sida. Genom arbetsrelaterade nätverk är inte arbetstagarens aktiva handlande en nödvändighet. Kunder som vill söka sig till arbetstagaren kan genom nätverket kontakta arbetstagaren som därför inte behöver vidta något aktivt handlande. I ett sådant läge har arbetstagaren inte på ett aktivt sätt nyttjat eller röjt företagshemligheten, varför brott mot FHL inte bör föreligga. Därför är min bedömning att FHL i många lägen utgör ett bräckligt skydd mot att arbetstagare använder sig av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk.

Som ett komplement till FHL kan arbetsgivaren använda sig av konkurrensklausuler i förhållande till arbetstagarna. I dagens samhälle tycks det bli allt vanligare att konkurrensklausuler används för att skydda arbetsgivaren mot att fråntas sina kundkontakter. Detta indikerar på att användandet sker slentrianmässigt och inte endast på särskilt betydelsefulla arbetstagare. Sannolikt beror detta på att dagens arbetsmarknad är centrerad kring så kallade kunskapsföretag, där arbetstagarna utgör den huvudsakliga kompetensen och ofta utgör bryggan mellan arbetsgivarens verksamhet och kunderna. Det är inte längre endast ett fåtal nyckelpersoner som handhar sådana kontakter.

Ett godtagbart syfte med konkurrensklausuler kan vara att skydda kunder, men jag är tveksam till om långtgående konkurrensklausuler som tillämpas slentrianmässigt i vad som närmast kan betecknas som massavtal för de anställda har ett sådant berättigat syfte. Förvisso görs alltid en helhetsbedömning, med beaktande av bland annat branschens art samt geografisk och tidsmässig omfattning, men konkurrensklausulerna tycks inte vara anpassade efter dagens arbetsmarknad men bedömningen är restriktiv och klausulerna skall användas endast i undantagsfall. Att använda konkurrensklausuler i hög utsträckning kan dessutom bli oerhört kostsamt, då dessa förpliktar arbetsgivaren att utge ekonomisk kompensation till arbetstagaren.

Vad gäller den till sin omfattning mer begränsade ickevärnings-klausulen är kraven på kompensation dock reducerade. I och med att klausulen typiskt sett inte är lika inskränkande bör den även kunna accepteras i större utsträckning. Det är dock av väsentlig betydelse att vidta försiktighet vid utformandet av sådana klausuler för att de skall täcka in de situationer som i dagens samhälle blir allt mer aktuella. Arbetsrelaterade nätverk medför som sagt att något aktivt handlande inte i samma utsträckning som tidigare fordras av arbetstagaren. Denne kan genom nätverket istället

sökas upp av arbetsgivarens kunder. Det är därför viktigt att formulera en sådan klausul så att den även omfattar passivt övertagande, alltså förpliktigar arbetstagaren att avvisa arbetsgivarens kunder om denne söks upp av sådana. Även vilka kunder som skall omfattas av klausulen bör tydligt framgå för att minska risken för komplikationer. Av praxis framgår att dessa omständigheter tycks stå fritt att avtalas om parterna emellan, även om det görs en helhetsbedömning av klausulen.

Några andra avtalskonstruktioner till skydd för kunder tycks inte förekomma i praxis. Att hindra arbetstagare från att använda arbetsrelaterade nätverk är enligt min mening ett möjligt, men olämpligt tillvägagångssätt. Tendensen är att dessa nätverk får allt större betydelse som ett verktyg för såväl arbetstagare som arbetsgivare, vilket skulle innebära att ett förbud mot användande av dem skulle minska arbetsgivarens attraktionskraft gentemot arbetsmarknaden och dess slagkraft i konkurrensen om kunder.

Huruvida arbetsgivaren kan avtala om rätten till kundkontakterna efter avslutad anställning är enligt mig osäkert. Detta skulle innebära en inskränkning inte bara i arbetsgivarens möjligheter på arbetsmarknaden utan även i viss mån av privatlivet. Det skulle även ge upphov till svåra gränsdragningar kring vilka kunder arbetsgivaren skall ha rätt till, endast hos denne befintliga kunder, kontakter till sådana kunder eller andra potentiella kunder. Arbetsgivaren skulle försätta sig själv i ett osäkert läge kring vilken tillit denne kan sätta till en sådan avtalskonstruktion.

Sammantaget har i uppsatsen visats på att dagens arbetsmarknadsmässiga situation inte fullt ut är förenlig med den reglering som kommit att utvecklas på området. De arbetsrelaterade nätverken är en starkt bidragande orsak till att arbetstagare inte längre i samma utsträckning behöver vidta aktiva åtgärder för att ta över arbetsgivarens kunder. Detta innebär inte att arbetsgivaren står skyddslös, men denne måste väl avväga vilka åtgärder som vidtas och hur och mot vilka arbetstagare eventuella avtalskonstruktioner tillämpas.

6.2 Behovet av skydd för kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk

Arbetsmarknaden blir idag allt mer individualiserad, såtillvida att den enskilde arbetstagaren får allt större betydelse. Dels gäller detta inom arbetsgivarens verksamhet, då arbetstagarna ges större ansvar och förtroende att handha viktiga kontakter. Det gäller dock även utåt sett då den enskilde arbetstagaren numer är verksamhetens ansikte utåt gentemot kunder. Även gränserna mellan det privata och arbetet uttunnas, vilket arbetsrelaterade nätverk är ett tydligt tecken på. Som avhandlats i uppsatsen är det uppenbart att den moderna tiden för med sig problem som i dagsläget till stor del

står utan lösning. Denna utveckling kommer säkerligen att fortsätta.

Frågan är om det finns någon anledning för AD att främja arbetsgivarens möjligheter att värja sig mot moderna fenomen som användande av arbetsrelaterade nätverk, eller rentav utforma avtalskonstruktioner där man drar nytta av fördelarna men undviker nackdelarna. Enligt min mening ger detta upphov till en snedvriden relation parterna emellan. Exempelvis kan arbetstagare gå in i en anställning med ett rikt kontaktnät som utökas under anställningens gång, tack vare dennes kontaktsökande. Detta kommer även arbetsgivaren till gagn. Vid avslutad anställning påbjuds dock arbetstagaren att antingen radera, överlämna eller inte på något sätt ha kontakt med kunderna i nätverket. Arbetstagaren lämnas med andra ord tomhänt och i många fall avskärmad från arbetsmarknaden. Det är knappast en utveckling som är önskvärd heller ur konkurrens- och utvecklingshänseende för samhället i stort.

Min invändning mot detta baserar sig även på den förskjutning som skulle behöva ske i synen på arbetstagarens delaktighet för att uppnå ett fullgott skydd. Ett mönster genom såväl lojalitetsplikten, FHL och konkurrensbegränsande avtal är att för ansvar krävs ett visst aktivt handlande från arbetstagarens sida. Så skulle inte längre vara fallet om skyddet mot användande av kundkontakter i arbetsrelaterade nätverk fullt ut skall tillgodoses. I praxis finns redan öppningar för att avtal som förbjuder även passivt övertagande av kunder accepteras. Enligt min mening är detta en långtgående inskränkning, vilken jag ställer mig skeptisk till.

Oavsett vad som skall gälla avseende skyddet för kundkontakter inom arbetsrelaterade nätverk anser jag inte att detta bör regleras lagstiftningsvägen. Arbetsrätten bygger till stor del på icke lagfäst reglering, som utvecklats med tiden. Det är å ena sidan av stor vikt att regleringen är föränderlig och anpassningsbar, då arbetsrätten i stor utsträckning påverkas av hur samhället ser ut i stort. Icke desto mindre är behovet av förutsebarhet och tillförlitlighet naturligtvis också avgörande för ett fungerande rättssystem.

I en tid där situationen i samhället och på arbetsmarknaden är så föränderlig tror jag inte att det är rätt väg att genom lagstiftning försöka reglera sig ur problematiken. Förvisso finns det utrymme för att lagfästa lojalitetspliktens yttre ramar och likaså allmänna principer kring konkurrensklausuler i avtal. En sådan reglering skulle dock bli relativt tandlös, beaktat att det är en absolut nödvändighet att ramar och principer på området är anpassningsbara och beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.

Arbetsgivare missbrukar i dagsläget konkurrensklausuler och andra liknande avtalskonstruktioner för att man har möjlighet till det, då arbetstagarna inte har den kunskap som krävs. Inte heller befinner sig den enskilde arbetstagaren i en ställning där den har särskilt goda förhandlingsmöjligheter och en process om klausulen i efterhand kan bli långdragen och kostsam. En annan anledning till det ökande användandet lär vara okunskap hos arbetsgivaren. De tar för givet att de får utforma sina avtal som de vill, utan att ha i åtanke att även avtalsfriheten har gränser. I många fall tror säkerligen arbetsgivaren att sekretess- och konkurrensklausuler med giltighet efter anställningens upphörande alltid är en del av avtalet, på så vis som lojalitetsplikten under anställningen. Av praxis framgår redan de huvudsakliga bedömningsgrunderna för såväl lojalitetsplikten, FHL som konkurrensklausuler. Bevisligen innebär detta inte att kunskaperna för den sakens skull når arbetsgivare och arbetstagare, vilket sannolikt lagstiftning inte skulle förändra.

Jag är därför skeptisk till att reglering såväl generellt på området som vad gäller användande av kundkontakter inom arbetsrelaterade nätverk är rätt väg att gå. Enligt min mening skulle sådana åtgärder snarast ha hämmande effekt på arbetsmarknaden och samhället i stort. Anställningsförhållandet bygger i grund och botten på tillit och lojalitet och det är också ur detta en gynnsam relation arbetstagare och arbetsgivare emellan skapas. Användandet av arbetsrelaterade nätverk och andra liknande plattformar lär öka i betydelse och här bör arbetsgivaren vara väl medveten om att en tillåtande attityd i längden gynnar båda parter.

Käll- och litteraturförteckning

Källförteckning;

Offentligt tryck;

Propositioner;

Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m

Proposition 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter

SOU;

2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter

1983:52 Betänkande av utredning om skydd för företagshemligheter

DS;

2002: 56 Hållfast arbetsrätt- ett föränderligt arbetsliv

Rättsfallsförteckning;

NJA;

1995 s 347

2001 s 362

Arbetsdomstolen;

1961 nr 27

1977 nr 118

1977 nr 167

1980 nr 82

1981 nr 161

1982 nr 42

1982 nr 110

1984 nr 20

1984 nr 68

1985 nr 138

1986 nr 95

1991 nr 38

1992 nr 9

1992 nr 99

1992 nr 262

1993 nr 12

1993 nr 40

1994 nr 65

1994 nr 79

1997 nr 57

1998 nr 80

1998 nr 82

1998 nr 101

1999 nr 71

1999 nr 144
2000 nr 5
2001 nr 91
2002 nr 115
2003 nr 21
2003 nr 48
2003 nr 61
2003 nr 110
2006 nr 49
2006 nr 122
2009 nr 40
2009 nr 63
2010 nr 7
2010 nr 27
2010 nr 53
2010 nr 90
2011 nr 11

Litteraturförteckning;

Litteratur;

Andersson, Anderz, Edström, Örjan, Zanderin, Lars, Arbetsrätt, Liber, 5 uppl, 2010

Bylund, Bo, Viklund, Lars, Arbetsrätt i praktiken- en handbok, Norstedts, 16 uppl, 2012

Fahlbeck, Reinhold, Lagen om skydd för företagshemligheter- en kommentar och rättsöversikter, Norstedts, 2 uppl, 2004

Gabinus, Håkan, Arbetsrätt-en introduktion, Norstedts, 5 uppl, 2010

Glavå, Mats, Arbetsrätt, Studentlitteratur, 2:1 uppl, 2011

Iseskog, Tommy, Arbetsrättslig avtalsrätt, Norstedts, 1 uppl, 2012

Källström, Kent, Malmberg, Jonas, Anställningsförhållandet, inledning till den individuella arbetsrätten, Iustus, 2 uppl, , 2009

Munukka, Juri, Kontraktuell lojalitetsplikt, Jure, 1 uppl, 2007

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, 8 uppl, 2009

Schmidt, Folke, Sigeman, Tore, Löntagarrätt, Norstedts juridik, 3:6 uppl, 2003

Ståhlros, Leif, Företagshemligheter- know how, Juristförlaget, 1986

Svensäter, Lennart, Anställning och upphovsrätt, Norstedts Juridikförlag, 1991

Tonell, Magnus, Sekretessavtal- och det rättsliga skyddet för företagshemligheter, Jure, 1 uppl, 2012

Zethraeus, Sten, Konkurrensklausuler i anställningsavtal- särskilt vid kunskapsföretag. Ett försök till rättslägesbeskrivning, (ur Festskrift till Hans Stark, 1 uppl, Jure AB, 2001)

Tidskrifter;

Davidsson, Mattias, "*Kan du bevara en hemlighet?*", Lag&avtal 2009:3, s 14

Fahlbeck, Reinhold, "*Ett revolutionerat arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling*", Juridisk tidskrift, 1997-98:4

Nicander, Hans, "*Lojalitetsplikten-före, under och efter avtalsförhållandet*", Juridisk tidskrift 1995/96:3 s 31

Viklund, Lars, "*Skydd för företagshemligheter en känslig balansfråga för samhället*", Lag&avtal 1999:7, s 8

Örnerborg, Elisabeth, "*Konkurrensklausul hindrar inte fri rörlighet*", Lag&avtal 2002:3, s 7

Internetkällor;

Answers, "*LinkedIn*", hämtad 2012-09-12, <http://www.answers.com/topic/linkedin>

Edström, Örjan, "*Konkurrensklausuler-en kommentar till utredningen utredningen 'Hållfast arbetsrätt'*", ur Rapporter och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, nr 1/2003 (hämtad 2012-10-04)

http://www.jus.umu.se/digitalAssets/11/11242_orjan_edstrom_konkurrensklausuler.pdf

Hogéus, Paula, "*Arbetsgivare behöver värna nätkontakterna*", Svenska dagbladet, 2011-12-14, (hämtad 2012-09-04)

http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/arbetsgivare-behover-varna-natkontakterna_6694264.svd

LinkedIn "*About*", ,LinkedIn, hämtad 2012-09-10, <http://press.linkedin.com/about>

LinkedIn, "*Få ut så mycket som möjligt av ditt yrkesnätverk*", hämtad 2012-09-06

http://se.linkedin.com/static?key=what_is_linkedin&trk=hb_what

Sörstedt, Henrik, "*Mingla på nätet*", Chef, 2007-03-29 (hämtad 2012-09-09)

http://www.chef.se/dynamisk/index.php/chef-ego/artikel/mingla_pa_naetet/

Tonell, Magnus, "*Sekretessavtal-hur bör de utformas*", Legally Business, (hämtad 2012-09-10)

<http://www.legallybusiness.se/nyheter/sekretessavtal-hur-boer-de-utformas>

Attoff, Pia, Carlqvist, Jessica, "*Vem får ha konkurrensklausuler och dess inverkan vid uppsägning*", 2009-04-23 (hämtad 2012-10-12) http://www.attofflaw.se/artiklar/090424_3.htm

**Jag registrerades på kuren Examensarbete första gången HT 2012 (Augusti).
Examination 2013 (Januari)**